



REPUBLIKA E KOSOVËS - REPUBLIKA KOSOVO - REPUBLIC OF KOSOVO
GJYKATA KUSHTETUESE
USTAVNI SUD
CONSTITUTIONAL COURT

Prishtinë, 15 korrik 2024
Nr. ref.: MK 2477/24

PODUDARNO I SUPROTNO MIŠLJENJE

sudije

RADOMIR LABAN

u

spojenim slučajevima br. KO114/23, KO192/23, KO227/23 i KO229/23

Podnosilac

Vrhovni sud Republike Kosovo

Ocena ustavnosti stava 2. člana 4, stava 4. člana 432. i stava 2. člana 438. Zakonika o krivičnom postupku Republike Kosovo br. 08/L-032

Iskazujući na početku svoje poštovanje prema mišljenjem većine sudija u ovom slučaju kojima je sud utvrdio sledeće:

- I. DA PROGLASI, jednoglasno, zahtev prihvatljivim;
- II. DA UTVRDI, jednoglasno, da formulacija “*ili ukidanju*” stava 4. člana 432. (Razlozi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti) Zakonika br. 08/L-032 o krivičnom postupku, nije u suprotnosti sa tačkom 2. stava 1. člana 29. [Pravo na slobodu i sigurnost] Ustava u vezi sa članom 5. (Pravo na slobodu i bezbednost) Evropske konvencije o ljudskim pravima;
- III. DA UTVRDI, jednoglasno, da stav 2. člana 4. (Ne Bis In Idem) Zakonika br. 08/L-032 o krivičnom postupku nije u suprotnosti sa članom 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] Ustava u vezi sa stavom 2. člana 4. (Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari) Protokola br. 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima;
- IV. DA UTVRDI, sa pet (5) glasova za i četiri (4) glasa protiv, da formulacija “*osim ako je pravosnažna odluka očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški*” iz stava 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti) Zakonika br. 08/L-032 o krivičnom postupku, nije u suprotnosti sa članom 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] Ustava u vezi sa stavom 2. člana 4. (Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari) Protokola br. 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima;

Ja kao sudija delim potpunu saglasnost sa mišljenjem većine sudija u ovom slučaju sa stavom I ove presude da je predmet prihvatljiv za razmatranje.

Dalje ja kao sudija se slažem sa dispozitivom stava II i stava III presude ali se neslažem sa pravnom analizom i obrazloženjem ovih stavova te ću u vezi istih izneti svoje podudarno mišljenje.

Istovremeno se ne slažem sa dispozitivom stava IV kao ni sa pravnom analizom i obrazloženjem iste , te ću u vezi tačke IV izneti svoje suprotno mišljenje.

Ja kao sudija se slažem sa činjeničnim stanjem kako je izneto i predstavljeno u presudi i isto činjenično stanje prihvatam kao tačno. Takođe slažem sa načinom kako su navodi podnosioca izneti i predstavljeni u presudi, kao i komentari različitih zainteresovanih strana. .

Zbog gore navedenog, a u skladu sa Pravilima 56 i 57 Poslovnika o radu Ustavnog Suda ja ću pismeno izložiti Moje podudarno i suprotno mišljenje.

Zbog gore navedenog, Ja ću u cilju što lakšeg i jasnijeg praćenja i obrazlaganja Mog podudarnog i suprotnog mišljenja detaljno obrazložiti **(A)** Meritum zahteva **(B)** Ustavna ocena relevantnih odredbi osporenog zakona u kontekstu pritvora-spojeni slučajevi KO114/23 i KO227/23 **(C)** Izvršiti Ocenu ustavnosti stava 4. člana 432. osporenog zakona **(D)** Izneti Kontekst spojenih slučajeva KO192/23 i KO229/23 gde se primenjuje načelo “ne bis in idem” **(E)** Izneti Opšta načela u vezi pravnog instituta Ne bis in idem na osnovu sudske prakse ESLJP-a. **(F)** Izvršiti Ocenu ustavnosti stava 2. člana 4. (Ne Bis In Idem) u kontekstu odbacivanja optužnice, odnosno preinačenja pravosnažne odluke kojom se okončava krivični postupak u -spojenim slučajevima KO192/23 i KO229/23. **(G)** Izvršiti ocena ustavnosti stava 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti) u kontekstu odbacivanja optužnice, odnosno preinačenja pravosnažne odluke kojom se okončava krivični postupak u -spojenim slučajevima KO192/23 i KO229/23 **(H)** Izneti zaključak u vezi sa navodnim povredama Ustava.

A) Meritum zahteva

1. Podsećam da je relevantni sud prilikom razmatranja konkretnih predmeta, izneo sumnje u pogledu nesaglasnosti stava 2. člana 4. (Ne Bis In Idem), stava 4. člana 432. (Razlozi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti) i stava 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti) osporenog zakona sa članovima 29. [Pravo na slobodu i sigurnost], 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] i 53. [Tumačenje odredbi ljudskih prava] Ustava.
2. Ocenjujem da se radi ocene ustavnosti relevantnih odredaba Zakona mora prvo razjasniti pravni osnov koji se odnosi na pravo državnog tužioca da podnese zahtev za zaštitu zakonitosti koji ide na štetu okrivljenog u slučajevima pritvora, osporavanja dokaza i odbacivanja optužnice i pravosnažne presude kojom se okončava krivični postupak.
3. U ovom kontekstu, Primećujem da stav 2. člana 4. (Ne Bis In Idem) osporenog zakona utvrđuje: (i) 2. *Osim ako ovim zakonom nije drugačije određeno, pravosnažna sudska odluka može se preinačiti vanrednim pravnim lekovima;* (ii) stav 4. člana 432. (Razlozi

za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti) osporenog zakona utvrđuje: (ii) 4. *Izuzetno od odredaba stava 1. ovog člana, zahtev za zaštitu zakonitosti može se podneti tokom postupka koji nije pravosnažno završen, osim protiv pravosnažnih odluka o određivanju, produženju ili ukidanju pritvora;* (iii) stav 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti) osporenog zakona utvrđuje: 2. *Ako Vrhovni sud Kosova oceni da je zahtev za zaštitu zakonitosti koji ide na štetu okrivljenog osnovan, sud potvrđuje samo povredu zakona, bez uticaja po pravosnažnu odluku, osim ako je pravosnažna odluka očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj grešci.*

4. Takođe, ocenjujem da će član 53. [Tumačenje odredbi ljudskih prava] Ustava biti uzet u obzir od strane Suda samo ako zahtev za zaštitu zakonitosti koji je podneo državni tužilac protiv ukidanja pritvora, osporavanja dokaza i odbacivanja optužnice i pravosnažne presude kojom se okončava krivični postupak jeste ili nije u saglasnosti sa sudskim odlukama Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP)
5. U tom kontekstu, ocenjujem da predmet ustavne ocene u ovom zahtevu predstavljaju stav 2. člana 4. (Ne Bis In Idem) osporenog zakona utvrđuje: (i) 2. *Osim ako ovim zakonikom nije drugačije određeno, pravosnažna sudska odluka može se preinačiti vanrednim pravnim lekovima;* (ii) stav 4. člana 432. (Razlozi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti) osporenog zakona utvrđuje: (ii) 4. *Izuzetno od odredaba stava 1. ovog člana, zahtev za zaštitu zakonitosti može se podneti tokom postupka koji nije pravosnažno završen, osim protiv pravosnažnih odluka o određivanju, produženju ili ukidanju pritvora;* (iii) stav 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti) osporenog zakona utvrđuje: 2. *Ako Vrhovni sud Kosova oceni da je zahtev za zaštitu zakonitosti koji ide na štetu okrivljenog osnovan, sud potvrđuje samo povredu zakona, bez uticaja po pravosnažnu odluku, osim ako je pravosnažna odluka očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj grešci.* odnosno da li su isti u saglasnosti sa ljudskim pravima zagarantovanim članovima 29. [Pravo na slobodu i sigurnost], i 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] Ustava u vezi sa članom 5. (Pravo na slobodu i bezbednost) i članom 4 (2)) (Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari) Protokola br. 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu: EKLJP).
6. Naglašavam da će spojeni slučajevi KO114/23, KO192/23, KO227/23 i KO229/23 biti ocenjeni na osnovu njihovih karakteristika. U ovom kontekstu, napominjem da spojeni slučajevi KO114/23 i KO227/23 predstavljaju predmete pritvora, koji će biti ocenjeni samo u smislu člana 29. [Pravo na slobodu i sigurnost], Ustava u vezi sa članom 5. (Pravo na slobodu i bezbednost) EKLJP.
7. S druge strane, spojeni zahtevi KO192/23 i KO229/23 se odnose na osporavanje dokaza i odbacivanje optužnice, odnosno pravosnažnu odluku kojom se okončava krivični postupak. Shodno tome, naglašavam da će spojeni zahtevi KO192/23 i KO229/23 biti ocenjeni u kontekstu načela "*Ne bis in idem* zagarantovanog članom 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] Ustava u vezi sa članom 4 (2) (Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari) Protokola br. 7 EKLJP.
8. Takođe, pojašnjavam da on u skladu sa članom 53. (Odluka) Zakona donosi odluku samo o saglasnosti zakonske odredbe sa Ustavom, a ne odlučuje o ostalim činjeničnim ili pravnim pitanjima koja se tiču spora pred relevantnim sudom. Drugim rečima, Sud ocenjuje samo da li je osporena zakonska odredba u saglasnosti sa ustavnom normom. Takođe, podsećam da je na relevantnom sudu da primeni konstataciju Suda u okolnostima slučaja koji ima pred sobom.
9. U daljem tekstu, Ja ću, pre nego što oceni ustavnost relevantnih odredbi osporenog zakona, predstaviti: **(i)** Pozadinu krivičnog procesnog zakona; **(ii)** Načelo pravne sigurnosti iz konsolidovane sudske prakse ESLJP-a i Venecijanske komisije.

Pozadina krivičnog procesnog zakona

10. Ocenjujem da je u ovom kontekstu potrebno predstaviti relevantne odredbe krivičnog procesnog zakona koji su prethodili osporenom zakonu kako bi se dao opštiji kontekst u vezi sa pritvorom, vanrednim pravnim lekovima i pravima okrivljenog u krivičnom postupku.
11. Sa napred navedenog, primećujem (i) da je stav 4. člana 432. (Razlozi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti) Zakonika br. 04/L-123 ukinutog osporenim zakonom, predviđao da se zahtev za zaštitu zakonitosti može podneti protiv konačnih odluka koje se odnose na određivanje ili produženje sudskog pritvora; (ii) da je član 441. (Ustav Republike Kosova, Evropska konvencija za ljudska prava i Evropski sud o ljudskim pravima) Zakonika br. 04/L-123 ukinutog osporenim zakonom predviđao da se zahtev za vanredan pravni lek može podneti na osnovu prava zajamčenih ovim zakonikom i zaštićenih Ustavom, EKLJP-om, kao i odlukama ESLJP-a; (iii) da je stav 4. člana 451. (Bez naslova) Privremenog zakona o krivičnom postupku Kosova UNMIK/URED/2003/26 ukinutog Zakonikom br. 04/L-123 o krivičnom postupku predviđao da se zahtev za zaštitu zakonitosti može podneti protiv konačnih sudskih odluka koje se odnose na određivanje ili produženje sudskog pritvora; (iv) da je član 460. (Bez naslova) Privremenog zakona o krivičnom postupku Kosova UNMIK/URED/2003/26 ukinutog Zakonikom br. 04/L-123 o krivičnom postupku predviđao da se zahtev za vanredan pravni lek iz ovog poglavlja može podneti na osnovu odluke ESLJP-a u skladu sa postupcima propisanim zakonom.
12. Na osnovu prethodno razrađenog stava, podsećam da su zakoni o krivičnom postupku koji su prethodili osporenom zakonu (i) u predmetima pritvora dozvoljavali upotrebu vanrednog pravnog leka, ali samo u korist okrivljenog, odnosno samo u vezi sa odlukama kojima se određivao ili produžavao pritvor, ali ne i protiv odluka kojima se ukida pritvor; (ii) zahtev za vanredni pravni lek se može podneti na osnovu prava zajamčenih zakonom o krivičnom postupku i zaštićenih Ustavom, EKLJP-om, kao i odlukama ESLJP-a.
13. Primećujem da je za razliku od prethodnih zakona o krivičnom postupku, osporenim zakonom, odnosno stavom 4. člana 432. (Razlozi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti), utvrđeno da se zahtev za zaštitu zakonitosti može podneti protiv pravosnažnih odluka o određivanju, produženju ili ukidanju pritvora, odnosno da se dozvoljava da se ovo vanredno pravno sredstvo može koristiti na štetu okrivljenog protiv odluke o ukidanju njegovog pritvora.
14. Primećujem da kao zajedničku tačku prethodni procesni zakoni i osporeni zakon uvode u upotrebu (i) načelo pretpostavke nevinosti okrivljenog, *in dubio pro reo*, tako što utvrđuju da se sumnje u pogledu postojanja činjenica koje su od značaja za slučaj ili o kojima zavisi primena neke odredbe krivičnog zakona tumače na način koji je povoljniji za okrivljenog i njegova prava prema zakonu o krivičnom postupku i Ustavu (vidi član 3. Zakonika br. 04/L-123 o krivičnom postupku i član 4. osporenog zakona); i, da se (ii) zahtev za vanredan pravni lek može podneti na osnovu prava zajamčenih zakonom o krivičnom postupku i zaštićenih Ustavom, EKLJP-om, kao i odlukama ESLJP-a (vidi član 441. Zakonika br. 04/L-123 o krivičnom postupku i član 440. osporenog zakona).

Načelo pravne sigurnosti iz konsolidovane sudske prakse ESLJP-a i Venecijanske komisije

15. Kada je u pitanju lišavanje slobode, naročito je važno da bude zadovoljeno opšte načelo pravne sigurnosti. Stoga je od presudnog značaja da su uslovi za lišenje slobode jasno utvrđeni u domaćem zakonodavstvu i da je samo zakonodavstvo predvidljivo sa stanovišta primene, kako bi se ispunio standard "zakonitosti" koji postavlja EKLJP, jer je to standard koji iziskuje da celo zakonodavstvo bude dovoljno precizno kako bi omogućilo licu – po potrebi, i uz odgovarajuće savete – da predvidi, u meri u kojoj je to razumno u datim

- okolnostima, posledice koje određena radnja može podrazumevati (vidi predmete ESLJP-a [Khlaifia i drugi protiv Italije](#), br. 16483/12, presuda od 15. decembra 2016. godine, stav 92; i [Del Río Prada protiv Španije](#), br. 42750/09, presuda od 21. oktobra 2013. godine, stav 125).
16. Prema tome, član 5 (1) EKLJP ne upućuje samo na domaće pravo, on se takođe odnosi i na “kvalitet prava” koji podrazumeva da, kad nacionalno pravo dozvoljava lišenje slobode, ono mora biti dovoljno pristupačno, precizno i predvidljivo u svojoj primeni. Faktori koji su bitni za ovu procenu “kvaliteta prava” – koji se u nekim slučajevima nazivaju “merama zaštite od proizvoljnosti” – uključuju postojanje jasnih pravnih odredbi za određivanje pritvora, produženje pritvora i određivanje rokova za pritvor; kao i postojanje delotvornog pravnog sredstva kojim podnositelj žalbe može da ospori “zakonitost” i “trajanje” njegovog pritvora (vidi predmet ESLJP-a [J.N. protiv Ujedinjenog Kraljevstva](#), br. 37289/12, presuda od 19. maja 2016. godine, stav 77). Na primer, praksa držanja lica u pritvoru u skladu sa optužnim predlogom u odsustvu bilo kakvog konkretnog osnova u nacionalnom zakonodavstvu ili sudskoj praksi predstavlja povredu člana 5 (1) EKLJP (vidi predmet ESLJP-a [Baranowski protiv Poljske](#), br. 28358/95, presuda od 28. marta 2000. godine, stavovi 50-58). Slično tome, praksa automatskog produžavanja pritvora u fazi pre suđenja u odsustvu preciznog zakonskog osnova suprotna je članu 5 (1) EKLJP-a (vidi predmet ESLJP-a [Svipsta protiv Letonije](#), br. 66820/01, presuda od 9. marta 2006. godine, stav 86).
 17. Pored toga, svako lišenje slobode treba da bude u skladu sa ciljem zaštite pojedinca od proizvoljnosti (vidi predmet ESLJP-a [S., V. i A. protiv Danske](#), br. 35553/12, 36678/12 i 36711/12, presuda od 22. oktobra 2018. godine, stav 74). Pojam “proizvoljnosti” u članu 5 (1) EKLJP proteže se dalje od neusklađenosti sa domaćim pravom, tako da lišenje slobode može biti zakonito u smislu domaćeg prava ali ipak proizvoljno, a time i suprotno EKLJP (vidi predmete ESLJP-a [Creangă protiv Rumunije](#), br. 29226/03, presuda od 23. februara 2012. godine, stav 84; i [A. i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva](#), br. 3455/05, presuda od 19. februara 2009. godine, stav 164).
 18. S obzirom na to da sudske odluke mogu utvrditi, razraditi i pojasniti zakon, njihova dostupnost je deo pravne sigurnosti. Ograničenja mogu biti opravdana da bi se zaštitila prava pojedinca, na primer prava maloletnika u krivičnim predmetima (CDL-PI (2022) 004, Zbirka mišljenja i izveštaja Venecijanske komisije o pravnoj sigurnosti, stav 57).
 19. Predvidljivost ne znači samo da zakon mora, tamo gde je to moguće, da bude proglašen pre nego što se bude primenio i da bude predvidljiv u pogledu njegovih dejstava: zakon takođe mora biti formulisan sa dovoljno preciznosti i jasnoće da omogući pravnim subjektima da regulišu svoje ponašanje u skladu sa njim (CDL-PI(2022)004, Zbirka mišljenja i izveštaja Venecijanske komisije o pravnoj sigurnosti, stav 58).
 20. Res judicata podrazumeva da kada je žalba konačno rešena, dalje žalbe nisu moguće. Konačne presude se moraju poštovati, osim ako ne postoje ubedljivi razlozi za njihovo preispitivanje (CDL-PI(2022)004, Zbirka mišljenja i izveštaja Venecijanske komisije o pravnoj sigurnosti, stav 63).
 21. Što se tiče pravne sigurnosti, Venecijanska komisija je primetila da je ona “od suštinskog značaja za poverenje u pravosudni sistem i vladavinu prava”, što zahteva da pravna pravila budu jasna i precizna i da imaju za cilj da obezbede da situacije i pravni odnosi ostanu predvidljivi. Retroaktivnost je u suprotnosti sa načelom pravne sigurnosti, u najmanju ruku u krivičnom pravu (član 7. EKLJP), pošto pravni subjekti moraju znati posledice svog ponašanja; ali i u građanskom i upravnom pravu u meri u kojoj to negativno utiče na prava i pravne interese (CDL-AD(2014)021, Mišljenje Venecijanske komisije o Nacrtu zakona o izmenama i dopunama Zakonika o sudstvu Jermenije, stav 18).

B) Ustavna ocena relevantnih odredbi osporenog zakona u kontekstu pritvora- spojeni slučajevi KO114/23 i KO227/23

22. Kao prethodno pitanje u vezi ocene ustavnosti odredbi osporenog zakona u kontekstu pritvora- u spojenim slučajevima KO114/23 i KO227/23 , ocenjujem da član 4. [Ne Bis In Idem] osporenog zakona u vezi sa članom 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] predstavljaju pitanja koja spadaju izvan predmeta ustavne ocene ovih spojenih zahteva jer je očigledno da se zahtev za zaštitu zakonitosti koji je podneo državni tužilac u ova dva spojena zahteva ne odnosi na istragu, optužbu ili novo suđenje protiv okrivljenog, već samo protiv pravosnažnih odluka koje se odnose na određivanje, produžavanje i ukidanje pritvora.
23. U tom kontekstu, ocenjujem da predmet ustavne ocene odredbi osporenog zakona u kontekstu pritvora u spojenim slučajevima KO114/23 i KO227/23 predstavlja stav 4. člana 432. (Razlozi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti) osporenog zakona da li je isti u saglasnosti sa načelom pravne sigurnosti, kako se shvata i garantuje članom 29. . [Pravo na slobodu i sigurnost], Ustava u vezi sa članom 5. (Pravo na slobodu i bezbednost)Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu: EKLJP).

C) Ocena ustavnosti stava 4. člana 432. osporenog zakona

24. Podsećam da je stavom 4. člana 432. (Razlozi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti) osporenog zakona, utvrđeno sledeće: “4. *Izuzetno od odredaba stava 1. ovog člana, zahtev za zaštitu zakonitosti može se podneti tokom postupka koji nije pravosnažno završen, osim protiv pravosnažnih odluka o određivanju, produženju ili ukidanju pritvora*”.
25. Dalje, podsećam da zahtev procesne pravičnosti u skladu sa članom 5, st. 4 ne nameće obavezu jedinstvenog, nepromenljivog standarda koji se mora primenjivati bez obzira na kontekst, činjenice i okolnosti. Iako nije uvek nužno da postupak shodno članu 5, st. 4 pruža iste garantije kao one koje se zahtevaju shodno članu 6 u pogledu krivičnog ili građanskog postupka, on mora imati sudski karakter i obezbeđivati garantije primerene vrsti lišenja slobode u pitanju (A. i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva [Vv], st. 203; Idalov protiv Rusije [Vv], st. 161).
26. Nužno je održati ročište u slučaju lica čije lišenje slobode potpada pod polje dejstva člana 5, st.1.c (Nikolova protiv Bugarske [Vv], st. 58). Prilika da se lice lišeno slobode sasluša, bilo lično ili posredstvom zastupnika, jedna je od osnovnih garantija postupka koja se primenjuje u pogledu pitanja vezanih za lišenje slobode (Kampanis protiv Grčke, st. 47). Međutim, članom 5, st. 4 se ne nameće obaveza saslušanja lica lišenog slobode svaki put kada podnese žalbu na odluku kojom se njegovo lišenje slobode produžava, ali mu se mora dati mogućnost da bude saslušano u razumnim intervalima (Çatal protiv Turske, st. 33; Altınok protiv Turske, st. 45).
27. Postupak mora biti raspravnog karaktera i uvek mora da obezbeđuje „jednakost oružja“ strana u postupku (Reinprecht protiv Austrije, st. 31; A. i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva [Vv], st. 204). U predmetima koji se odnose na pritvor, s obzirom na to da kontinuirano postojanje osnovane sumnje da je optuženo lice izvršilo delo predstavlja uslov sine qua non zakonitosti produženja pritvora, pritvoreniku se mora dati prilika da delotvorno osporava osnovanost navoda iznetih protiv njega. To od suda može iziskivati da sasluša svedoke čije bi svedočenje moglo da utiče na dalju zakonitost pritvora (Țurcan protiv Moldavije, st. 67-70)
28. Jednakost oružja nije obezbeđena ako je podnosiocu predstavke ili njegovom zastupniku uskraćen pristup onim dokumentima u spisima iz istrage nužnim za delotvorno

osporavanje zakonitosti njegovog lišenja slobode (Ovsjannikov protiv Estonije, st. 72; Fodale protiv Italije, st. 41; Korneykova protiv Ukrajine, st. 68). Takođe, može biti neophodno da lice o kom je reč ima ne samo priliku da bude lično saslušano već i da ima delotvornu pomoć svog advokata (Cernák protiv Slovačke, st. 78).

29. Načelo raspravnog postupka i jednakosti oružja mora biti podjednako poštovano u postupku pred žalbenim sudom (vidi st. 33-34 presude u predmetu Çatal protiv Turske i predmete koji se u njima pominju).
30. Ocenjujem da iz odgovora koji su primljeni od sudova država članica Foruma Venecijanske komisije, u zavisnosti od pravnog uređenja date države, proizilazi: (i) da tužilac nema na raspolaganju vanredno pravno sredstvo za osporavanje pravosnažnih odluka redovnih sudova; (ii) da tužilac može da podnese samo redovno pravno sredstvo tokom odvijanja postupka; (iii) da čak i u pravosudnim sistemima koji omogućavaju tužiocu da koristi vanredna prava sredstva, sudovi donose samo odluke deklarativne prirode ako je zahtev osnovan, ali ne preinačuju odluku na štetu okrivljenog. (Na primer: i) u albanskom pravosudnom sistemu, vanredna sredstva zahteva za zaštitu zakonitosti ne postoje od 1997; (ii) u švedskom pravnom sistemu ne postoji zahtev za vanrednim pravnim lekom za zaštitu zakonitosti i da se u praksi slučajevi pritvora uvek osporavaju redovnim pravnim sredstvima; (iii) u pravnom sistemu Lihtenštajna, žalba Vrhovnom sudu je dozvoljena u kontekstu redovnog pravnog leka, dok ne postoji vanredni pravni lek sličan zahtevu za zaštitu zakonitosti; (iv) u slovačkom pravosudnom sistemu, Vrhovni sud može poništiti odluke o pritvoru donete u korist okrivljenog, ali ovo pitanje nikada nije osporeno pred Ustavnim sudom Republike Slovačke; (v) u austrijskom pravosudnom sistemu, tužilac može da podnese tužbu za zaštitu zakonitosti Vrhovnom sudu, koji može doneti odluku deklarativne prirode kojom se utvrđuje povreda zakona, ali odluka Vrhovnog suda nikada ne može biti promenjena na štetu okrivljenog; (vi) pravni sistem Češke Republike ne predviđa vanredni pravni lek kao što je zahtev za zaštitu zakonitosti; (vii) Kazahstan je odgovorio da kategoriju vanredne zaštite zakonitosti nije razmatrao Ustavni sud Kazahstana; (viii) u hrvatskom pravnom sistemu, tužilac može podneti zahtev za zaštitu zakonitosti, ali Vrhovni sud može doneti odluku o povredi zakonitosti bez uticaja na prava okrivljenog; (ix) u turskom pravnom sistemu, tužilac nema mogućnost da podnese vanrednu žalbu Kasacionom sudu povodom ukidanja pritvora okrivljenom; (x) Nemački pravni sistem ne sadrži vanredni pravni lek koji odgovara zahtevu za zaštitu zakonitosti u slučajevima koji se odnose na pritvor; (xi) pravni sistem Severne Makedonije ima izvanredan pravni lek i može se podneti protiv optuženog, ali Vrhovni sud može samo da utvrdi povredu zakona ali se neće mešati u konačnu odluku.)
31. Dalje, podsjećam da u državi vladavine prava je nezamislivo da neko lice i dalje bude lišeno slobode uprkos postojanju sudske odluke o puštanju na slobodu (Assanidze protiv Gruzije [Vv], st. 173). Sud, međutim, prihvata da je određeno kašnjenje u sprovođenju odluke o puštanju pritvorenika na slobodu razumljivo, a često i neizbežno. Ipak, nacionalni organi moraju da nastoje da to kašnjenje svedu na najmanju moguću meru (Giulia Manzoni protiv Italije, st. 25). Utvrđeno je da jedanaestochasovno kašnjenje u izvršenju odluke o puštanju podnosioca predstavke na slobodu „bez odlaganja“ nije u skladu sa članom 5, st. 1 Konvencije (ibid.; Quinn protiv Francuske, st. 39-43).
32. Ponovo naglašavam da je osnovni cilj člana 29. Ustava i člana 5. EKLJP taj da se spreči proizvoljno ili neopravdano lišenje slobode pojedinca (vidi predmete ESLJP-a [Selahattin Demirtaş protiv Turske](#) (br. 2), br. 14305/17, presuda od 22. decembra 2020. godine, stav 311; [S. V. i A. protiv Danske](#), br. 35553/12, 36678/12 i 36711/12, presuda od 22. oktobra 2018. godine, stav 73; [McKay protiv Ujedinjenog Kraljevstva](#), br. 543/03, presuda od 3. oktobra 2006. godine, stav 30). Pravo na slobodu i bezbednost je od najvećeg značaja u „demokratskom društvu“ u smislu Ustava i EKLJP (vidi predmete ESLJP-a [Medvedyev i](#)

[drugi protiv Francuske](#), br. 3394/03, presuda od 29. marta 2010. godine, stav 76; [Ladent protiv Poljske](#), br. 11036/03, presuda od 18. marta 2008. godine, stav 45).

33. Primećujem da je Ustavni sud Hrvatske u vezi sa ciljem pritvora kao najstrože mere prema okrivljenom objasnio: “*Pritvor, kao zakonska mera oduzimanja osnovnog ljudskog prava na ličnu slobodu u periodu pre donošenja pravosnažne sudske presude o krivici, nije kazna niti se za pritvorenika sme pretvoriti u kaznu. Stoga je pritvor dopušteno odrediti samo u slučaju u kojem postoji visok stepen verovatnoće utvrđenja krivice i izricanja kazne, to jest u kojem postoji “osnovana sumnja” da je lice počinilo krivično delo te, načelno, samo u cilju osiguranja pokretanja i sprovođenja krivičnog postupka*” (vidi odluku Ustavnog suda Hrvatske br. [U-III-3698/2003](#) od 28. septembra 2004. godine).
34. Takođe, primećujem da je Ustavni sud Hrvatske u vezi sa načelom srazmernosti u predmetima pritvora objasnio: “*Načelo srazmernosti u određivanju pritvora, a naročito pri razmatranju osnovanosti i opravdanosti njegovog produženja nakon proteka zakonom određenog vremena, posebno je važno, jer se radi o najtežoj zakonskoj meri osiguranja prisustva okrivljenog lica (u konkretnom slučaju, optuženog) u krivičnom postupku. Naime, jedino mera pritvora dovodi do oduzimanja slobode pojedinca, za razliku od ostalih mera koje njegovu slobodu samo ograničavaju*” (vidi odluku Ustavnog suda Hrvatske br. [U-III-3698/2003](#), citiranu iznad).
35. S tim u vezi, primećujem da odredba člana 171. [Mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog] osporenog zakona, osim pritvora kao najstrožu meru za obezbeđenje prisustva okrivljenog i uspešno vođenje krivičnog postupka, predviđa i druge blaže mere, kao što su: (i) poziv; (ii) nalog za hapšenje; (iii) obećanje okrivljenog da neće napuštati mesto boravišta; (iv) zabrana prilaženja određenom mestu ili licu; (v) javljanje u policijsku stanicu; (vi) jemstvo; i (vii) kućni pritvor.
36. Ocenjujem da se protokom vremena, po sprovođenju i potvrđivanju istrage i uzimanju iskaza, zadržavanje okrivljenog u pritvoru ne može opravdati, već treba primeniti druge blaže mere za obezbeđenje njegovog prisustva u krivičnom postupku, koje mere su predviđene zakonom i u skladu su sa osnovnim garancijama člana 29. Ustava i člana 5. EKLJP (vidi, *mutatis mutandis*, predmet ESLJP-a [Cloodth protiv Belgije](#), presuda od 12. decembra 1991. godine, stav 44).
37. Ocenjujem da gledajući objektivno, ako se okrivljenom odredi mera koja je blaža od pritvora nakon ispitivanja od strane prvostepenog suda i suda sa apelacionom nadležnošću, onda to podrazumeva da su ti sudovi prikupili i ocenili sve dokaze, prihvatili iskaze, ocenili da je zbog proteka vremena opasnost da će okrivljeni ometati pravilno odvijanje krivičnog postupka smanjena i da se prisustvo istog u krivičnom postupku može obezbediti blažom merom koja ima ograničavajući karakter za razliku od pritvora koji je najstrožija mera kojom se uskraćuje sloboda (vidi odluku Ustavnog suda Hrvatske [U-III-3698/2003](#), citiranu iznad). U kontekstu relevantnih odredbi osporenog zakona, ocenjujem da davanje mogućnosti državnom tužiocu da ospori pravosnažnu odluku o ukidanju pritvora okrivljenom pogoršava položaj okrivljenog u krivičnom postupku jer je u suprotnosti sa načelom predvidljivosti i zabranom retroaktivnog delovanja pravnih instrumenata (CDL-AD(2014)021, Mišljenje Venecijanske komisije o Nacrtu zakona o izmenama i dopunama Kodeksa o sudstvu Jermenije, stav 19).
38. Takođe smatram da je preinačenje odluke o ukidanju pritvora na štetu okrivljenog pomoću vanrednog pravnog leka-zahteva za zaštitu zakonitosti od strane državnog tužioca neprihvatljivo u demokratskom društvu koje karakteriše vladavina prava iz razloga što: **(i)** u subjektivnom smislu pogoršava položaj okrivljenog u krivičnom postupku; dok se **(ii)** u objektivnom smislu narušava sloboda i bezbednost pojedinca, što se smatra pravom od najvećeg značaja u “demokratskom društvu” (vidi predmete ESLJP-a [Medvedyev i drugi](#)

[protiv Francuske](#), citiran iznad, stav 76; [Ladent protiv Poljske](#), citiran iznad, stav 45); i, **b)** u suprotnosti je sa glavnim ciljem člana 29. Ustava i člana 5. EKLJP da se spreči proizvoljno ili neopravdano lišenje slobode pojedinca (vidi predmete ESLJP-a [Selahattin Demirtaş protiv Turske](#) (br. 2), citiran iznad, stav 311; [S. V. i A. protiv Danske](#), citiran iznad, stav 73; [McKay protiv Ujedinjenog Kraljevstva](#), citiran iznad, stav 30).

39. U tom kontekstu, ocenjujem da na osnovu načela jednakosti stranaka u krivičnom postupku, državnom tužiocu treba dati mogućnost da podnese vanredno pravno sredstvo - zahtev za zaštitu zakonitosti i da se nakon toga, ako je zahtev osnovan, relevantni sud, kao najviši sudski organ (vidi član 103.2 Ustava) ograniči samo na konstataciju da je došlo do povrede zakona, ali ova odluka može biti samo deklarativnog karaktera i Vrhovni Sud odluku nižestepenog suda ne može da preinači na štetu okrivljenog.
40. Sa svega napred navedenog, utvrđujem da formulacija “*ili ukidanju*” iz stava 4. člana 432. (Razlozi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti) Zakonika br. 08/L-032 o krivičnom postupku, nije u suprotnosti sa članom 29. [Pravo na slobodu i sigurnost] Ustava u vezi sa članom 5. (Pravo na slobodu i bezbednost) Evropske konvencije o ljudskim pravima;

D) Kontekst spojenih slučajeva KO192/23 i KO229/23 gde se primenjuje načelo “ne bis in idem”

41. S druge strane, spojeni zahtevi KO192/23 i KO229/23 se odnose na osporavanje dokaza i odbacivanje optužnice, odnosno pravosnažnu odluku kojom se okončava krivični postupak. Shodno tome, naglašavam da će spojeni zahtevi KO192/23 i KO229/23 biti ocenjeni u kontekstu načela “*Ne bis in idem*” zagarantovanog članom 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] Ustava u vezi sa članom 4 (2) (Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari) Protokola br. 7 EKLJP.
42. Podsećam da relevantni sud u predmetu KO193/23 ističe da su Sudije krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Kosova su, nakon održanog sastanka, ocenili da je u ovom slučaju neophodno da se pokrene postupak incidentalne kontrole , pošto nisu sigurni “*da li je zakonska odredba iz člana 438., stav 2. ZKP (koja se odnosi na zahtev za zaštitu zakonitosti podnet na štetu okrivljenog), u skladu sa odredbama Ustava Republike Kosovo i sa sudskim odlukama Evropskog suda za ljudska prava, dok je takvo tumačenje važno kako bi se odlučilo u ovoj krivičnoj stvari.*”
43. Dalje Relevantni sud smatra da Ustavni sud treba razjasniti tri (3) važne stvari, i to: (i) prvo, šta podrazumeva pojam korišćen od zakonodavstva „*očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški*“, pošto to može da prouzrokuje nejasnoće u tumačenju; (ii) drugo, kako da postupi sud nakon utvrđivanja da se radi o „*odluci očigledno neprikladnoj ili zasnovanoj na ozbiljnoj greški*“, pošto to nije razjašnjeno preko ove zakonske odredbe i kao (iii) treće, ovaj način odlučivanja na štetu okrivljenog, po zahtevu za zaštitu zakonitosti Glavnog državnog tužioca, sa vanrednim pravnim sredstvom, da li je u skladu sa ustavnim principima i odredbama, kao i sa odlukama Evropskog suda za ljudska prava.
44. Na kraju Relevantni sud u zahtevu KO229/23 ističe da “*u konkretnom slučaju, protiv pravosnažne presude, pored branilaca osuđenih, zahtev za zaštitu zakonitosti je podneo i državni tužilac i imajući u vidu da je u zahtevu predložio da zbog teških grešaka, predmet vrati na ponovno odlučivanje, pitanje koje se postavlja jeste da li se može izmeniti pravosnažna odluka zahtevom za zaštitu zakonitosti, kao vanrednim pravnim sredstvom na štetu okrivljenih i da li su odredbe člana 4., stava 2. i člana 438., stava 2. ZKP-a u skladu sa članovima 30., 31., 34. i 53. Ustava Republike Kosovo.*”

45. U tom kontekstu, spojenih slučajeva KO192/23 i KO229/23 gde se primenjuje načelo “*Ne bis in idem*” ocenjujem da predmet ustavne ocene predstavljaju stav 2. člana 4. (Ne Bis In Idem) osporenog zakona utvrđuje: (i) 2. *Osim ako ovim zakonikom nije drugačije određeno, pravosnažna sudska odluka može se preinačiti vanrednim pravnim lekovima;* i (ii) stav 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti) osporenog zakona utvrđuje: 2. *Ako Vrhovni sud Kosova oceni da je zahtev za zaštitu zakonitosti koji ide na štetu okrivljenog osnovan, sud potvrđuje samo povredu zakona, bez uticaja po pravosnažnu odluku, osim ako je pravosnažna odluka očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj grešci.* odnosno da li su isti u saglasnosti sa članom 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] Ustava u vezi sa članom 4 (2) Protokola br. 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu: EKLJP).
46. Zbog svega gore navedenog ja ću najpre izložiti opšta načela u vezi sa pravnim institutom “*Ne bis in idem*” na osnovu sudske prakse ESLJP-a, a potom će ova načela primeniti na konkretne slučajeve u kontekstu osporenog zakona i spojenih slučajeva KO192/23 i KO229/23 , i izvršiti ocenu ustavnosti stav 2. člana 4. (Ne Bis In Idem) i stav 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti).

E) Opšta načela u vezi pravnog instituta *Ne bis in idem* na osnovu sudske prakse ESLJP-a

47. Protokol br. 7 uz Konvenciju izrađen je 1984. godine. Cilj člana 4 Protokola broj 7 je zabrana ponavljanja krivičnih postupaka koji su okončani pravosnažnom odlukom (*Ne bis in idem*).
48. Prema sudskoj praksi Suda, garancija sadržana u članu 4. Protokola br. 7 zauzima istaknuto mesto u sistemu zaštite Konvencije, što je naglašeno činjenicom da nijedno odstupanje od nje nije dozvoljeno prema članu 15. Konvencije u vreme rata ili druge javne vanredne situacije (Mihalache protiv Rumunije [VV], 2019, § 47).
49. Zaštita od dupliranja krivičnog postupka je jedna od posebnih zaštitnih mera koje su povezane sa opštom garancijom pravičnog saslušanja u krivičnom postupku (Ibid., § 48). Međutim, kako je član 4 Protokola br. 7 odvojen od člana 6 Konvencije, žalbe prema prvom će biti proglašene neprihvatljivim ako dotična država nije ratifikovala protokol (Blokker protiv Holandije (odl.), 2000).
50. Član 4. Protokola br. 7 uz Konvenciju sadrži osnovno pravo koje garantuje da se nikome ne sme suditi ili da bude kažnjen u krivičnom postupku za krivično delo za koje je već pravosnažno osuđen ili oslobođen (Marguš protiv Hrvatske [VS], 2014, § 114; Sergej Zolotuhin protiv Rusije [VS], 2009, § 58; Nikitin protiv Rusije, 2004, § 35; i Kadušić protiv Švajcarske, 2018, § 82). Ponavljajući aspekt suđenja ili kažnjavanja je od centralnog značaja za pravni problem koji se rešava članom 4. Protokola br. 7 (Nikitin protiv Rusije, 2004, § 35).

Struktura člana

Član 4 Protokola br. 7 - Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dva puta u istoj stvari

"1. Nikome se ne može ponovo suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države za delo zbog koga je već bio pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države.

2. Odredbe prethodnog stava ne sprečavaju ponovno otvaranje postupka u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države, ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja

je mogla da utiče na njegov ishod.

3. *Ovaj se član ne može staviti van snage na osnovu člana 15 Konvencije.*”

51. Član 4 se sastoji od tri stava. Prvi stav utvrđuje tri ključne komponente principa *ne bis in idem* (*Mihalache protiv Rumunije* [VV], 2019, § 49):
- a. da li su oba postupka po karakteru bila „krivična“,
 - b. da li se u oba postupka radilo o istom delu, i
 - c. da li je došlo do dupliranja postupka.

Treća komponenta se sastoji od tri odvojena pod-pitanja:

- i. da li je bilo novih postupaka;
- ii. ako je tako, da li je prvi sklop postupaka okončan pravosnažnom odlukom; i
- iii. da li je primenjiv izuzetak iz drugog stava.

I. Da li je postojao novi set postupaka

52. Član 4 Protokola br. 7 zabranjuje ponavljanje krivičnog postupka koji je zaključen „pravosnažnom“ odlukom. Član 4 Protokola br. 7 nije ograničen samo na pravo da se ne bude kažnjen dva puta, već se proteže i na pravo da se ne bude procesuiran ili suđen dva puta. Primenjuje se čak i kada je pojedinac samo procesuiran u postupku koji nije rezultirao osuđujućom presudom (Sergej Zolotuhin protiv Rusije [VV], 2009, §§ 110-111, u vezi sa oslobađajućom presudom nakon drugog seta postupaka).
53. Sud je utvrdio da član 4 Protokola br. 7 jasno zabranjuje uzastopne postupke ako je prvi set postupaka već postao pravosnažan u trenutku pokretanja drugog seta postupaka (Sergej Zolotuhin protiv Rusije, 2009).
54. Međutim, član 4 Protokola br. 7 ne zabranjuje nekoliko postupaka u isto vreme (litis pendens). U takvoj situaciji ne može se reći da se podnosilac zahteva krivično goni nekoliko puta „za krivično delo za koje je već pravosnažno oslobođen ili osuđen“ (Garaudi protiv Francuske (odl.), 2003). Nema problema sa stanovišta Konvencije i kada se, u situaciji dva paralelna seta postupaka, drugi set postupaka prekine nakon što prvi set postupaka postane konačan (Zigarella protiv Italije (odl.), 2002)). Ali, kada do takvog prekida ne dođe, Sud je utvrdio da je došlo do dupliranja postupka u suprotnosti sa članom 4. Protokola br. 7 (Tomasović protiv Hrvatske, 2011, §§ 29-32; Muslija protiv Bosne i Hercegovine, 2014, §§ 36-37; Nykänen protiv Finske, 2014, §§ 47-54; Glantz protiv Finske, 2014, §§ 57-64).
55. Međutim, Sud je takođe utvrdio, u svojoj sudskoj praksi u vezi sa oduzimanjem vozačkih dozvola, da iako su različiti organi u različitim postupcima izrekli različite sankcije (krivične sankcije i oduzimanje vozačkih dozvola) u vezi sa istim pitanjem (vožnja u pijanom stanju ili vožnja iznad ograničenja brzine), postojala je dovoljno bliska veza između njih, u suštini i na vreme (Nilsson protiv Švedske (odl.), 2005; Maszni protiv Rumunije, 2006, §§ 68-70). U tim slučajevima Sud je utvrdio da podnosiocima zahteva nije suđeno ili da nisu kažnjeni za krivično delo za koje su već pravosnažno osuđeni kršenjem člana 4 stav 1 Protokola br. 7 uz Konvenciju i da stoga nije bilo ponavljanja postupka. Na primer, u predmetu Boman protiv Finske, 2015. godine, podnosilac zahteva je osuđen za saobraćajni prekršaj i podleže privremenoj zabrani vožnje. Nakon toga, Policijska uprava i upravni sudovi su, u odvojenom postupku, produžili zabranu vožnje. Sud je konstatovao da je izricanje ove druge zabrane vožnje pretpostavljalo da je podnosilac zahteva već proglašen krivim za saobraćajni prekršaj. Pored toga, smatrao je da je odluka, ubrzo nakon presude u krivičnom postupku, o izricanju druge zabrane vožnje direktno zasnovana na pravosnažnoj osudi podnosioca predstavljanja od strane Okružnog suda za saobraćajne prekršaje i stoga ne sadrži zasebno ispitivanje krivičnog dela ili ponašanja o kojem je reč od strane policije. Stoga je Sud zaključio da su dva postupka suštinski povezana, suštinski i vremenski, i da su se stoga odvijala u okviru

jedinstvenog skupa postupaka za potrebe člana 4. Protokola br. 7 uz Konvenciju (vidi takođe Rivard protiv Švajcarske, 2016, §§ 28-34).

56. Sud je ispitao poreske sankcije u nekoliko predmeta protiv Finske i Švedske. (Häkkinen protiv Finske, 2014; Nykänen protiv Finske, 2014; Glantz protiv Finske, 2014; Rinas protiv Finske, 2015; Österlund protiv Finske, 2015; Kiiveri protiv Finske, 2015; Lucky Dev protiv Švedske, 2014). U ovim slučajevima Sud je konstatovao da su u finskom i švedskom sistemu krivične i administrativne sankcije izricale različite vlasti, a da postupak ni na koji način nije bio povezan: oba seta postupaka su sledila svoj odvojeni tok i postala su pravosnažna nezavisno jedan od drugog. Štaviše, Sud je konstatovao da ni jedna od sankcija nije uzeta u obzir od strane drugog suda ili organa pri utvrđivanju težine sankcije, niti je postojala bilo kakva druga interakcija između relevantnih organa. Pored toga, Sud je primetio da su poreski dodaci nametnuti nakon ispitivanja ponašanja podnosioca zahteva i njegove odgovornosti prema relevantnom poreskom zakonodavstvu koje je bilo nezavisno od procena izvršenih u krivičnom postupku. To je, zaključio je Sud, za razliku od ranijih predmeta Suda koji se odnose na vozačke dozvole, gde je rešenje o oduzimanju dozvole bilo direktno zasnovano na očekivanoj ili pravosnažnoj presudi za saobraćajni prekršaj i stoga nije sadržalo zasebno ispitivanje predmetnog prekršaja ili ponašanja. Stoga je Sud zaključio da nije postojala bliska veza, suštinski i vremenski, između krivičnog i poreskog postupka.

57. Tada se postavlja pitanje da li je došlo do dupliranja postupka (bis). U predmetu A i B protiv Norveške [VV], 2016, Sud je ispitao norveški sistem dvostrukog krivičnog i upravnog postupka u vezi sa netačnim informacijama dostavljenim u poreskim prijavama. Sud je dalje razvio princip „dovoljno bliske veze u suštini i vremenu“ između postupaka. Smatrao je da je najsigurniji način obezbeđivanja usklađenosti sa članom 4. Protokola br. 7 pružanje jedinstvenog postupka koji omogućava da se spoje paralelni pravci pravne regulisanja dotične delatnosti, tako da se različite potrebe društva u odgovoru na krivično delo mogu rešiti u okviru jedinstvenog procesa. Ipak, član 4 Protokola br. 7 ne isključuje vođenje dvostrukog postupka, čak ni do njegovog trajanja, pod uslovom da su ispunjeni određeni uslovi. Tužena država mora ubedljivo dokazati da su predmetni dvostruki postupci bili „dovoljno blisko povezani suštinski i na vreme“ (§ 130) na osnovu nekoliko faktora, uključujući (§ 132):

a) da li različiti postupci imaju komplementarne svrhe i na taj način se bave, ne samo *in abstracto*, već i *in concreto*, različitim aspektima uključenog društvenog nedoličnog ponašanja;

b) da li je dvojnost predmetnog postupka predvidiva posledica, kako u pravu tako i u praksi, istog spornog ponašanja (*idem*);

c) da li se postupci o kojima je reč sprovode na takav način da se u najvećoj mogućoj meri izbegne bilo kakvo dupliranje u prikupljanju, kao i procena dokaza, posebno kroz adekvatnu interakciju između različitih nadležnih organa kako bi se došlo do toga da se utvrđivanje činjenica u jednom postupku koristi i u drugom postupku;

- d) i, pre svega, da li se sankcija izrečena u postupku koja postaje prva pravosnažna uzima u obzir u onima koji postanu poslednji pravosnažni, kako bi se sprečilo da dotični pojedinac na kraju snosi prekomerni teret, pri čemu postoji najmanja verovatnoća da će ovaj drugi biti prisutan tamo gde postoji mehanizam kompenzacije osmišljen kako bi se osiguralo da je ukupan iznos svih izrečenih kazni proporcionalan.

58. Nadalje, Sud je naglasio da je bitan faktor u kojoj meri upravni postupak nosi obeležja redovnog krivičnog postupka, između ostalog i njegove stigmatizirajuće karakteristike. Sud je objasnio da će kombinovani postupci verovatnije ispuniti kriterijume komplementarnosti i koherentnosti ako su sankcije koje će se izreći u postupcima koji nisu formalno klasifikovani kao „krivični“ specifične za predmetno ponašanje i stoga se

razlikuju od „čvrste srži krivičnog prava“ (§ 133; vidi, na primer, Velkov protiv Bugarske, 2020, gde su kriterijumi A i B primenjeni u kontekstu sportskog huliganizma; vidi takođe Goulandris i Vardinogianni protiv Grčke, 2022, § 74, gde je Sud, u svrhu kriterijuma „suštinske veze“, ispitao aspekt „čvrste srži krivičnog prava“ u kontekstu procene da li su dva seta postupaka (upravni i krivični) za nezakonitu izgradnju imala komplementarne svrhe).

59. Štaviše, kada je veza u suštini dovoljno jaka, mora se zadovoljiti i zahtev za vremenskom vezom. Sud je smatrao da se dva seta postupaka ne moraju voditi istovremeno od početka do kraja, jer bi trebalo da bude otvoreno za države da se odluče za progresivno vođenje postupka u slučajevima kada je to motivisano interesima efikasnosti i pravilnog sprovođenja pravde, koji se sprovode u različite društvene svrhe, i nije prouzrokovalo da podnosilac zahteva pretrpi neproporcionalne predrasude. Međutim, veza u vremenu mora biti dovoljno bliska da zaštiti pojedinca od neizvesnosti i kašnjenja i od toga da postupci vremenom postanu dugotrajni, čak i kada relevantni nacionalni sistem predviđa „integrisanu“ šemu koja razdvaja administrativne i kriminalne komponente (§ 134).
60. Primenjujući ove principe na činjenice predmeta, Sud je bio uveren da, iako su podnosiocima zahteva izrečene različite sankcije od strane dva različita organa u različitim postupcima, ipak je postojala dovoljno bliska veza između njih, kako u suštini tako i vremenski, „da ih se smatra delom integralne šeme sankcija prema norveškom zakonu“ zbog nedostavljanja informacija za njihove poreske prijave. Dvostruki postupak stoga nije predstavljao zabranjeno dupliranje postupka, tako da nije došlo do kršenja člana 4. Protokola br. 7 uz Konvenciju (stavovi 144-147 i 149-154).
61. Sa druge strane, u slučaju Johaneson i drugi protiv Islanda, 2017, Sud je utvrdio da čak i ako su dva postupka imala komplementarne svrhe u rešavanju pitanja nepoštovanja zakonskih zahteva poreskih obveznika koji se odnose na podnošenje poreskih prijava (§ 51), nije postojala dovoljno zatvorena veza između njih, zbog ograničenog preklapanja u vremenu i uglavnom nezavisnog prikupljanja i procene dokaza (§ 55). Shodno tome, podnosioci predstavke su pretrpeli nesrazmerne predrasude kao rezultattoga što je suđeno i kažnjeno za isto ili suštinski isto ponašanje od strane različitih organa u dva različita postupka koji nisu imali potrebnu vezu.
62. Slično tome, u predmetu Nodet protiv Francuske, 2019, § 53, koji se odnosi na dva paralelna (administrativna i krivična) seta postupaka za manipulaciju tržištem, Sud je uzeo u obzir činjenicu da su ova dva seta postupaka imala istu svrhu i da su u određenoj meri uključivala nezavisno prikupljanje dokaza, što je dovelo do zaključka da između njih ne postoji dovoljno bliska veza u suštini. Štaviše, Sud je utvrdio da ne postoji dovoljna vremenska veza između dva seta postupaka. Shodno tome, Sud je zaključio da je podnosilac zahteva pretrpeo nesrazmernu štetu zbog toga što je dva puta suđen i kažnjen za isto krivično delo.
63. U predmetu Mihalache protiv Rumunije [VV], 2019, § 84, Sud je utvrdio da dva seta postupaka – jedan pred tužiocem, a drugi pred relevantnim sudom – nisu kombinovana na integrisan način tako da čine koherentnu celinu. Sud je imao u vidu sledeće činjenice: podnosilac predstavke je krivično gonjen u „oba“ postupka za jedno krivično delo kažnjivo jednom zakonskom odredbom; postupak i dve kazne izrečene podnosiocu zahteva imali su istu opštu svrhu; „prvi“ skup postupaka u celini i početni deo „drugog“ skupa postupaka vodio je isti organ; u „oba“ skupa postupaka izvedeni su isti dokazi; dve kazne izrečene podnosiocu zahteva nisu kombinovane; a „dva“ skupa postupaka odvijala su se jedan za drugim i nisu vođena istovremeno u bilo kom trenutku.

64. Došavši do zaključka da dva seta postupaka nisu integrisana na takav način da čine koherentnu celinu, Sud je smatrao da je, kako bi se utvrdilo da li je u predmetnom slučaju došlo do dupliranja postupka („bis“) u smislu člana 4 Protokola br. 7, bilo potrebno ispitati da li odluka u prvom setu postupaka predstavlja „pravosnažnu“ odluku „kojom se podnosilac zahteva oslobađa ili osuđuje“. Naglašeno je da, u pozitivnom smislu, onda treba utvrditi da li je odluka o ukidanju te „konačne odluke“ predstavljala ponovno otvaranje predmeta u skladu sa članom 4. Protokola br. 7 (Ibid., stavovi 85-86).
65. U predmetu Velkov protiv Bugarske, 2020, §§ 78-79, Sud je utvrdio, između ostalog, da ne postoji dovoljna materijalna veza između upravnog i krivičnog postupka za sportsko huliganstvo iz razloga što sankcija izrečena u upravnom postupku nije uzeta u obzir prilikom određivanja sankcije izrečene u krivičnom postupku. Nasuprot tome, u Bajčiću protiv Hrvatske, 2020, stav 44, kada u kontekstu krivične osude podnosioca zahteva za izazivanje fatalne saobraćajne nesreće krivični sud nije uzeo u obzir sankciju izrečenu u prekršajnom postupku, Sud je smatrao da sama činjenica da krivični sud nije uputio *expressis verbis* na sankciju izrečenu u prekršajnom postupku možda sama po sebi nije dovoljna da se zaključi da postupak nije suštinski povezan. S tim u vezi, Sud je naglasio činjenicu da, kada se uzmu zajedno, izrečene kazne ne prelaze ono što je strogo neophodno u odnosu na težinu predmetnih krivičnih dela. Sud je smatrao da su dve sankcije komplementarne i na taj način zaključio da podnosilac zahteva nije snosio preterano opterećenje.
66. U predmetu Galović protiv Hrvatske, 2021, §§ 113-124, Sud je po prvi put primenio principe utvrđene u A i B protiv Norveške, 2016, u vezi sa vođenjem dvostrukog postupka, na poseban kontekst nasilja u porodici. Uzeo je u obzir specifičan kontekst i dinamiku nasilja u porodici kada je smatralo da su dva predmetna postupka (prekršajni postupak po Zakonu o zaštiti od nasilja u porodici u pogledu dva odvojena incidenta i krivični postupak po Krivičnom zakoniku za produženo krivično delo nasilja u porodici) dovoljno blisko povezani suštinski i vremenski. Stoga je utvrdilo da su predmetna dva postupka činila koherentnu i srazmernu celinu, koja je omogućila da i pojedinačna dela podnosioca zahteva i njegov obrazac ponašanja budu kažnjeni na efikasan, srazmeran i odvrćajući način, ne dovodeći, shodno tome, do dupliranja kazne suprotno članu 4. Protokola br. 7.

II. Da li je doneta konačna odluka

67. Član 4 Protokola br. 7 navodi da je princip *ne bis in idem* namenjen zaštiti lica koja su već „pravosnažno oslobođena ili osuđena“. Izveštaj sa objašnjenjem o Protokolu br. 7 navodi, u pogledu člana 4, da se „princip utvrđen u ovoj odredbi primenjuje tek nakon što je lice pravosnažno oslobođeno ili osuđeno u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom dotične države“. Da bi lice ispunilo uslove za zaštitu u skladu sa ovim članom, konačna odluka stoga nije dovoljna; konačna odluka takođe mora uključivati oslobađajuću presudu ili osuđujuću presudu tog lica. U svakom slučaju, Sud stoga mora utvrditi da li je došlo do oslobađajuće ili osuđujuće presude. Ako je tako, mora utvrditi da li je to bila „konačna“ odluka u smislu člana 4. Protokola br. 7 (Mihalache protiv Rumunije [VV], 2019, § 88-89).

Postojanje „oslobađajuće ili osuđujuće presude“

68. Kao što je objašnjeno u predmetu Mihalache protiv Rumunije [VV], 2019, § 95 i 97, kako bi se utvrdilo da li određena odluka predstavlja „oslobađajuću“ ili „osuđujuću presudu“, Sud mora da razmotri stvarni sadržaj sporne odluke i proceni njene efekte na situaciju podnosioca zahteva. U tom kontekstu, sudska intervencija je nepotrebna za postojanje „odluke“ i predmetna odluka ne mora imati oblik presude (vidi Felix Guțu protiv Republike Moldavije, 2020, §§ 47-54, za primenu ove sudske prakse u kontekstu člana 6. stav 2).

69. Pozivajući se na tekst člana 4 Protokola br. 7, Sud je smatrao da namerni izbor riječi „oslobođen ili osuđen“ podrazumijeva da je „krivična“ odgovornost optuženog utvrđena nakon procene okolnosti slučaja, drugim rečima da je utvrđena osnovanost predmeta. Da bi se takva procena obavila, od vitalnog je značaja da organ koji donosi odluku domaćim pravom ima ovlašćenje za donošenje odluka koje mu omogućava da ispita osnovanost predmeta. Organ zatim mora da prouči ili proceni dokaze u spisu predmeta i proceni umešanost podnosioca zahteva u jedan ili sve događaje koji su doveli do intervencije istražnih tela, u svrhu utvrđivanja da li je utvrđena „krivična“ odgovornost (Mihalache protiv Rumunije [VV], 2019, § 97).
70. Dakle, nalaz da je došlo do procene okolnosti slučaja i krivice ili nevinosti okrivljenog može biti potkrepljen napretkom postupka u datom predmetu. Ako je krivična istraga pokrenuta nakon podizanja optužbe protiv predmetnog lica, žrtva je intervjuisana, dokazi su prikupljeni i ispitani od strane nadležnog organa, a na osnovu tih dokaza je doneta obrazložena odluka, takvi faktori će verovatno dovesti do zaključka da je došlo do utvrđivanja osnovanosti predmeta. Ako je nadležni organ odredio kaznu kao rezultat ponašanja koje se pripisuje dotičnom licu, može se razumno smatrati da je nadležni organ izvršio prethodnu procenu okolnosti slučaja i da li je ponašanje dotičnog lica bilo zakonito (Ibid., stav 98).
71. U predmetu Mihalache (§§ 99-101), Sud se pozvao na činjenicu da je prema domaćem pravu javno tužilaštvo pozvano da učestvuje u sprovođenju krivičnog pravosuđa. Tužilac je bio nadležan za istragu navodnih radnji podnosioca zahteva, ispitivanje svedoka i osumnjičenog u tu svrhu. Nakon toga, primenio je relevantna materijalna pravila utvrđena domaćim pravom; morao je da proceni da li su ispunjeni uslovi za karakterizaciju navodnih dela podnosioca predstavke kao krivičnog dela. Na osnovu izvedenih dokaza, tužilac je izvršio sopstvenu procenu svih okolnosti predmeta, koje se odnose i na podnosioca zahteva pojedinačno i na konkretno činjenično stanje. Nakon sprovedene te procene, opet u skladu sa ovlašćenjima koja su mu poverena domaćim pravom, tužilac je odlučio da obustavi krivično gonjenje, uz izricanje kazne podnosiocu zahteva koja je imala kaznenu i odvratajuću svrhu. Izrečena kazna postala je izvršna istekom roka za žalbu podnosioca zahteva prema domaćem pravu. U ovim okolnostima, Sud je utvrdio da je, bez obzira na bilo kakvo sudsko učešće, odluka tužioca predstavljala „osuđujuću presudu“ u smislu člana 2. Protokola br. 7.
72. U predmetu Smoković protiv Hrvatske (odl.), 2019, §§ 43-45, Sud nije smatrao da presuda kojom se okončava postupak protiv podnosioca zahteva po osnovu isteka zakonskog zastarevanja predstavlja „osuđujuću presudu“ niti „oslobađajuću presudu“ u smislu člana 4. Protokola br. 7 uz Konvenciju. Konkretno, bilo je jasno da prekid postupka ne predstavlja „osuđujuću presudu“. Što se tiče pitanja da li je odluka predstavljala oslobađajuću presudu, Sud je uzeo u obzir sledeća razmatranja: odluka nije bila zasnovana na bilo kakvoj istrazi o optužbama protiv podnosioca zahteva; nije bila zasnovana na bilo kakvim činjeničnim nalazima relevantnim za utvrđivanje krivice ili nevinosti podnosioca zahteva; nije uzeo u obzir činjenice, okolnosti ili dokaze koji se odnose na navodna dela, ocenio ih ili presudio da ga oslobodi; i nije predstavio procenu da li je podnosilac zahteva snosio odgovornost za osporeno krivično delo, koje bi obično prethodilo oslobađajućoj presudi.

„Konačna“ odluka

73. Cilj člana 4 Protokola br. 7 je zabrana ponavljanja krivičnih postupaka (ne bis in idem princip) koji su zaključeni „pravosnažnom“ odlukom. Prema Eksplanatornom izveštaju uz Protokol br. 7, koji se i sam poziva na Evropsku konvenciju o međunarodnoj valjanosti krivičnih presuda, odluka je konačna ako je, prema tradicionalnom izrazu, stekla snagu res judicata. To je slučaj kada je neopoziva, odnosno kada nisu dostupni dalji obični pravni lekovi ili kada su strane iscrpile takve pravne lekove ili dozvolile da rok istekne bez

njihovog korišćenja (Sergej Zolotuhin protiv Rusije [VV], 2009, § 107). Odluke protiv kojih postoji redovna žalba isključene su iz obima garancije sadržane u članu 4. Protokola br. 7 sve dok rok za podnošenje takve žalbe nije istekao (§ 108). S druge strane, vanredni pravni lekovi kao što je zahtev za ponovno pokretanje postupka ili zahtev za produženje roka koji je istekao ne uzimaju se u obzir za potrebe utvrđivanja da li je u postupku postignut konačan zaključak. Iako ovi pravni lekovi predstavljaju nastavak prvog skupa postupaka, „konačna“ priroda odluke ne zavisi od njihove upotrebe (§ 108).

74. U predmetu Sundqvist protiv Finske (odl.), 2005, Sud je utvrdio da se odluka tužioca da ne krivično goni ne treba smatrati „konačnom“ odlukom, u svetlu važećeg domaćeg prava. Shodno tome, naknadna odluka generalnog tužioca da krivično goni podnosioca zahteva i naknadna osuđujuća presuda nisu predstavljali novi postupak iz oblasti člana 4. Protokola br. 7. Sud je već presudio da prekid krivičnog postupka od strane javnog tužioca ne predstavlja ni osuđujuću ni oslobađajuću presudu, te da stoga član 4. Protokola br. 7 ne nalazi primenu u toj situaciji (Smirnova i Smirnova protiv Rusije (odl.), 2022, Harutyunyan protiv Jermenije (odl.), 2006, Marguš protiv Hrvatske [VV], 2014, § 120; vidi i privremeni psihijatrijski pritvor koji je naložio tužilac u predmetu Horciag protiv Rumunije (odl.), 2005). Ova odredba se ne primenjuje ni na okončanje krivičnog postupka na osnovu amnestije za dela koja su predstavljala teška kršenja osnovnih prava, kao što su ratni zločini nad civilnim stanovništvom (Marguš protiv Hrvatske [VV], 2014, § 122-141). Sud je presudio da bi davanje amnestije u pogledu ubijanja i zlostavljanja civila bilo u suprotnosti sa obavezama države prema članovima 2 i 3 Konvencije. Takođe je konstatovano da u međunarodnom pravu postoji sve veća tendencija da se dodeljivanje amnestija u pogledu teških kršenja ljudskih prava smatra neprihvatljivim. Stoga podizanje nove optužnice protiv lica kojem je odobrena amnestija za ova dela ne bi trebalo da spada u delokrug člana 4 Protokola br. 7.
75. U predmetu Mihalache protiv Rumunije [VV], 2019, § 115, Sud je dodatno pojasnio svoju metodologiju za procenu konačnosti odluke. Objasnio je da, prilikom utvrđivanja „običnih“ pravnih lekova u određenom slučaju u svrhu člana 4. Protokola br. 7, kao polaznu tačku uzima domaće pravo i proceduru. Domaće pravo – i materijalno i proceduralno – mora zadovoljiti načelo pravne sigurnosti, koje zahteva da i obim pravnog sredstva u smislu člana 4. Protokola br. 7 bude jasno vremenski ograničen i da postupak za njegovu upotrebu bude jasan onim stranama kojima je dozvoljeno da iskoriste predmetno pravno sredstvo. Drugim rečima, da bi se zadovoljilo načelo pravne sigurnosti, načelo koje je svojstveno pravu da se ne bude suđeno ili kažnjeno dva puta za isto krivično delo, pravni lek mora djelovati na način koji donosi jasnoću do trenutka kada odluka postaje konačna. Konkretno, zahtev za rokom da bi se pravni lek smatrao „običnim“ implicitan je u samom tekstu obrazloženja, u kojem se navodi da je odluka neopoziva kada su strane dozvolile da „rok“ istekne bez korišćenja takvog pravnog leka. Zakon kojim se jednoj od strana daje neograničeno diskreciono pravo da koristi određeni pravni lek ili kojim se takav pravni lek podvrgava uslovima koji otkrivaju veliku neravnotežu između strana u njihovoj sposobnosti da iskoriste tu mogućnost, bio bi u suprotnosti sa načelom pravne sigurnosti.
76. U predmetu Mihalache (§§ 117-125), Sud je ispitao situaciju u kojoj je tužilaštvo višeg ranga imalo mogućnost da po službenoj dužnosti, u kontekstu hijerarhijskog nadzora, ispita osnovanost odluka koje je donelo tužilaštvo nižeg ranga i da ih stavi po strani. Sud je smatrao da mogućnost ponovnog otvaranja postupka i preispitivanja osnovanosti odluke bez bilo kakvog vremenskog roka ne predstavlja „redovni pravni lek“ i stoga nije uticalo na pitanje konačnosti odluke koju je donelo tužilaštvo nižeg nivoa.
77. Mora se napomenuti da, u nekim slučajevima koji se odnose na dva paralelna seta postupaka, pitanje da li je postupak „konačan“ ili ne može biti bez značaja ako ne postoji stvarno dupliranje postupaka, već kombinacija postupaka za koje se smatra da čine integrisanu celinu (Mihalache protiv Rumunije [VV], 2019, § 82; Johannesson i drugi

protiv Islanda, 2017, § 48). U predmetu Johannesson i drugi protiv Islanda, 2017, Sud nije smatrao potrebnim da utvrdi da li je i kada prvi skup postupaka – poreski postupak – postao „konačan“ jer ova okolnost nije uticala na procenu odnosa između predmetnih postupaka. Ipak, u predmetu Nodet protiv Francuske, 2019, § 46, Sud je smatrao relevantnim da utvrdi trenutak kada je jedan skup postupaka postao pravosnažan. Slično tome, u predmetu Kornejeva protiv Rusije, 2019, § 48 i 58, Sud je ispitao pravosnažnost prethodne osuđujuće presude podnosioca zahteva. Međutim, pošto je bilo jasno da se dva seta postupaka ne mogu smatrati integrisanim pravnim odgovorom na ponašanje podnosioca zahteva, Sud je smatrao da je važno ići dalje u pitanje konačnosti prvog seta postupaka i dupliranja krivičnog gonjenja.

III. Izuzeci

78. Član 4 stav 2 Protokola br. 7 postavlja ograničenje primene načela pravne sigurnosti u krivičnim stvarima. Zahtevi pravne sigurnosti nisu apsolutni, a u krivičnim slučajevima moraju se proceniti u svetlu člana 4. stav 2. Protokola br. 7, koji izričito dozvoljava državama ugovornicama da ponovo otvore slučaj u kojem se pojave nove činjenice ili u kojem se otkrije osnovni nedostatak u postupku (Mihalache protiv Rumunije [VV], 2019, § 129).
79. Član 4 Protokola broj 7 pravi jasnu razliku između drugog krivičnog gonjenja ili suđenja, što je zabranjeno prvim stavom tog člana, i nastavka suđenja u izuzetnim okolnostima, što je predviđeno u njegovom drugom stavu. Član 4 stav 1 Protokola br. 7 predviđa mogućnost da će neko lice možda morati da prihvati krivično gonjenje po istim optužbama, u skladu sa domaćim pravom, kada se predmet ponovo otvara nakon pojave novih dokaza ili otkrivanja bitnih povreda u prethodnom postupku.
80. U predmetu Nikitin protiv Rusije, 2004. godine, podnosiocu zahteva suđeno je za izdaju putem špijunaže i produženo odavanje službene tajne. Presudom Vrhovnog suda njegova oslobađajuća presuda postala je pravosnažna. Naknadni zahtev generalnog tužioca Predsedništvu Vrhovnog suda za preispitivanje predmeta u nadzornom postupku (koji obuhvata ponovnu procenu važećeg zakona, činjenica i dokaza u spisu predmeta i za njegovu nadležnost za novu istragu) je odbačen. Sud je konstatovao da je nacionalno zakonodavstvo omogućilo takvo preispitivanje na osnovu sudske greške u vezi sa pravnim i proceduralnim pitanjima. Kako bi krajnji efekat nadzornog pregleda, ako bi bio odobren, bio da se ponište sve odluke koje su prethodno doneli sudovi i da se utvrdi krivična prijava u novoj odluci, smatralo se da je to neka vrsta ponovnog otvaranja prvog suđenja koje je spadalo u oblast primene člana 4. stav 2. Protokola br. 7 (§ 42-49; vidi takođe Bratyakin protiv Rusije (odl.), 2006, Fadin protiv Rusije, 2006, § 30-32, Goncharovy protiv Rusije (odl.), 2008, Savinskiy protiv Ukrajine (odl.), 2005, Xheraj protiv Albanije, 2008, § 71-74). U predmetu Korpou protiv Finske, 1995. godine, Komisija je smatrala da, kako bi se omogućilo tužilaštvu da proceni da li treba tražiti ponovno otvaranje postupka, policija ne može biti sprečena u skladu sa članom 4. stav 1. Protokola br. 7 da nastavi svoju istragu nakon oslobađajuće presude osumnjičenom.
81. U predmetu Kadušić protiv Švajcarske, 2018. godine, podnosilac zahteva je osuđen za različita krivična dela i izdržavao je kaznu zatvora. Nakon ponovne procene mentalnog stanja podnosioca zahteva, domaći sud je odredio institucionalnu terapijsku meru, odnosno promenu kazne nakon donošenja početne presude i tokom trajanja kazne koja je usledila, i suspendovao je dužinu kazne koju podnosilac zahteva tek treba da odsluži. Ova terapijska mera zasnovana je na ozbiljnoj mentalnoj bolesti podnosioca zahteva koja je već bila prisutna, ali koja nije bila otkrivena u vreme prvobitne presude. Sud je utvrdio da mera nije prekršila član 4. Protokola br. 7. Domaće vlasti su sagledale ponovnu procenu mentalnog stanja podnosioca zahteva kao novootkrivenu okolnost i izmenile prvobitnu presudu primenom pravila o reviziji po analogiji. Sud je napomenuo da podnosilac

zahteva nije objasnio u kom smislu nije došlo do ponovnog otvaranja predmeta „u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom dotične države“ (stav 85).

82. U predmetu W.A. protiv Švajcarske, 2021, (u vezi sa naknadnim preventivnim pritvorom podnosioca zahteva koji je određen u ponovljenom postupku zbog mentalnog zdravlja podnosioca zahteva i rizika od ponovnog krivičnog dela), Sud je pojasnio da „ponovno otvaranje“, u smislu člana 4. stav 2. Protokola br. 7, obično dovodi do poništenja početne presude krivičnog suda i ponovnog utvrđivanja krivične prijave u novoj odluci. Stoga, u okolnostima u kojima ponovno otvaranje ne zahteva nikakve nove elemente koji utiču na prirodu krivičnih dela koje je počinio podnosilac zahteva ili na obim njegove krivice i nema novog utvrđivanja krivične prijave, ne može biti „ponovnog otvaranja“ u smislu člana 4 stav 2 Protokola br. 7, i shodno tome, nova kazna izrečena za isto krivično delo predstavlja kršenje člana 4 Protokola br.7 (ibid, §§ 71-72; vidi takođe § 42 u vezi sa interakcijom sa članom 5 stav 1 i potrebnom uzročno-posledičnom vezom između prvobitne osuđujuće presude i novog pritvora naloženog u ponovljenom postupku).
83. U predmetu Mihalache protiv Rumunije [VV], 2019, § 131-133, Sud je razjasnio pojmove novih ili novootkrivenih činjenica ili otkrića osnovnog nedostatka u prethodnom postupku. Objasnio je da su to alternativni, a ne kumulativni uslovi.
84. Konkretno, okolnosti koje se odnose na predmet koje postoje tokom suđenja, ali ostaju skrivene od sudije i postaju poznate tek nakon suđenja, „novootkrivene“ su. Okolnosti koje se tiču slučaja, ali nastaju tek nakon suđenja su „nove“. Štaviše, termin „nove ili novootkrivene činjenice“ uključuje nove dokaze koji se odnose na prethodno postojeće činjenice.
85. Koncept „bitne povrede“ u smislu člana 4 stav 2 Protokola br. 7 sugeriše da samo teška povreda proceduralnog pravila koja ozbiljno podriiva integritet prethodnog postupka može poslužiti kao osnova za ponovno otvaranje istog na štetu optuženog, ako je oslobođen krivičnog dela ili kažnjen za krivično delo manje ozbiljno od onog predviđenog važećim zakonom. Shodno tome, u takvim slučajevima, puka ponovna procena dokaza u spisu od strane javnog tužioca ili višeg suda ne bi ispunila taj kriterijum. Međutim, što se tiče situacija u kojima je okrivljeni proglašen krivim i ponovno otvaranje postupka može ići u njegovu korist, član 4 Protokola br. 7 ne sprečava ponovno otvaranje postupka u korist osuđenog lica i bilo koju drugu promenu presude u korist osuđenog lica. U takvim situacijama, dakle, priroda nedostatka mora se proceniti prvenstveno kako bi se utvrdilo da li je došlo do povrede prava odbrane, a samim tim i do sprečavanja pravilnog sprovođenja pravde.
86. Na kraju, Sud je objasnio da u svim slučajevima, razlozi koji opravdavaju ponovno pokretanje postupka moraju, u skladu sa članom 4 stav 2 Protokola br. 7, biti takvi da „utiču na ishod predmeta“ ili u korist lica ili na njegovu štetu.
87. Protivno gore navedenim principima, u Mihalache (§§ 134-138), Sud nije prihvatio argument Vlade da je potreba za usklađivanjem tužilačke prakse potpala pod izuzetne okolnosti navedene u članu 4 § 2 Protokola br. 7, niti je smatrao da samo ponovna procena činjenica u svetlu važećeg zakona predstavlja „suštinski nedostatak“ u prethodnom postupku (vidi takođe Stăvilă protiv Rumunije, 2022, §§ 88-102).
88. U predmetu Sabalić protiv Hrvatske, 2021, § 114, Sud je smatrao (u kontekstu ispitivanja nedostatnog poštovanja proceduralne obaveze prema članovima 3 i 14 Konvencije u slučaju homofobnog nasilja) da su i propust da se istraže motivi mržnje koji stoje iza nasilnog napada i propust da se takvi motivi uzmu u obzir pri utvrđivanju kazne za nasilne zločine iz mržnje, predstavljali „osnovne nedostatke“ u postupku prema članu 4 stav 2 Protokola br. 7, čime se omogućava njihovo ponovno otvaranje na štetu optuženog. U

takvim okolnostima, načelo ne bis in idem ne može predstavljati de jure prepreku za ponovno ispitivanje slučaja u skladu sa standardima Konvencije.

Primena opštih načela (ne bis in idem) u kontekstu osporenog zakona i spojenih slučajeva KO192/23 i KO229/23

89. Primećujem da članovi 22. [Direktna primena međunarodnih sporazuma i instrumenata] i 53. [Tumačenje odredbi ljudskih prava] Ustava utvrđuju da se EKLJP direktno primenjuje i ima premoć nad domaćim zakonima Republike Kosovo i da se osnovna ljudska prava i slobode moraju tumačiti u skladu sa sudskim odlukama ESLJP-a.

F) Ocena ustavnosti stava 2. člana 4. (Ne Bis In Idem) u kontekstu odbacivanja optužnice, odnosno preinačenja pravosnažne odluke kojom se okončava krivični postupak u -spojenim slučajevima KO192/23 i KO229/23

90. Primećujem da relevantni sud zahteva ocenu ustavnosti stava 2. člana 4. (Ne Bis In Idem) osporenog zakona, kojim je utvrđeno: “2. Osim ako ovim zakonikom nije drugačije određeno, pravosnažna sudska odluka može se preinačiti vanrednim pravnim lekovima”.

91. Dalje podsećam da član 4 protokola 7 predviđa

"1. Nikome se ne može ponovo suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države za delo zbog koga je već bio pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države.

2 Odredbe prethodnog stava ne sprečavaju ponovno otvaranje postupka u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države, ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na njegov ishod.”

3.Ovaj se član ne može staviti van snage na osnovu člana 15 Konvencije.”

92. Primećujem da stav 2 člana 4 protokola 7 EKLJP predviđa izuzetke koji „ne sprečavaju ponovno otvaranje postupka u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države, ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na njegov ishod.”

93. Primećujem da stav 2 člana 4 protokola 7 EKLJP ne sprečava da se, “pravosnažna sudska odluka može se preinačiti vanrednim pravnim lekovima”. ukoliko je to predviđeno zakonom dotične države.

94. Na osnovu gore navedenog zaključujem da stav 2. člana 4. (Ne Bis In Idem) osporenog zakona, kojim je utvrđeno: “2. Osim ako ovim zakonikom nije drugačije određeno, pravosnažna sudska odluka može se preinačiti vanrednim pravnim lekovima” nije u suprotnosti sa članom 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] Ustava u vezi sa članom 4 (2) (Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari) Protokola br. 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

G)Ocena ustavnosti stava 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti) u kontekstu odbacivanja optužnice, odnosno preinačenja pravosnažne odluke kojom se okončava krivični postupak u -spojenim slučajevima KO192/23 i KO229/23

95. Vraćajući se na konkretni slučaj podsećam Relevantni sud u predmetu KO192/23 smatra da Ustavni sud treba razjasniti tri (3) važne stvari, i to: (i) prvo, šta podrazumeva pojam korišćen od zakonodavstva „*očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški*“, pošto to može da prouzrokuje nejasnoće u tumačenju; (ii) drugo, kako da postupi sud nakon utvrđivanja da se radi o „*odluci očigledno neprikladnoj ili zasnovanoj na ozbiljnoj greški*“, pošto to nije razjašnjeno preko ove zakonske odredbe i kao (iii) treće, ovaj način odlučivanja na štetu okrivljenog, po zahtevu za zaštitu zakonitosti Glavnog državnog tužioca, sa vanrednim pravnim sredstvom, da li je u skladu sa ustavnim principima i odredbama, kao i sa odlukama Evropskog suda za ljudska prava.
96. Dalje Relevantni sud u predmetu KO229/23 ističe da *”u konkretnom slučaju, protiv pravosnažne presude, pored branilaca osuđenih, zahtev za zaštitu zakonitosti je podneo i državni tužilac i imajući u vidu da je u zahtevu predložio da zbog teških grešaka, predmet vrati na ponovno odlučivanje, pitanje koje se postavlja jeste da li se može izmeniti pravosnažna odluka zahtevom za zaštitu zakonitosti, kao vanrednim pravnim sredstvom na štetu okrivljenih i da li su odredbe člana 4., stava 2. i člana 438., stava 2. ZKP-a u skladu sa članovima 30., 31., 34. i 53. Ustava Republike Kosovo.“*
97. Vraćajući se na opšta načela sud podseća da Član 4 se sastoji od tri stava. Prvi stav utvrđuje tri ključne komponente principa ne bis in idem (Mihalache protiv Rumunije [VV], 2019, § 49):
- da li su oba postupka po karakteru bila „krivična“,
 - da li se u oba postupka radilo o istom delu, i
 - da li je došlo do dupliranja postupka.

Treća komponenta se sastoji od tri odvojena pod-pitanja:

- da li je bilo novih postupaka;
 - ako je tako, da li je prvi sklop postupaka okončan pravosnažnom odlukom; i
 - da li je primenjiv izuzetak iz drugog stava.
98. Dalje primenujući opšta načela na konkretno spojene predmete KO192/23 i KO229/23 primećujem da nije sporna prva ključna komponenta odnosno da su postupci po svom karakteru „krivični“.
99. Dalje, Primećujem da pred podnosiocima zahteva odnosno referentnim sudovima nije sporna ni druga ključna komponenta da se radi u oba postupka o istom delu.
100. Pred podnosiocima zahteva je sporna treća ključna komponenta odnosno dali bi prihvatanjem zahteva za zaštitu zakonitosti u skladu sa stavom 2. člana 438. (*Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti*) došlo do dupliranja postupka. Dalje podsećam da se treća ključna komponenta sastoji od tri odvojena pod pitanja na koja sud mora odgovoriti.
101. Ukontekstu odbacivanja optužnice, odnosno preinačenja pravosnažne odluke kojom se okončava krivični postupak u spojenim slučajevima KO192/23 i KO229/23 mora utvrditi dali bi primenom stava 2 člana 438. (*Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti*) koji glasi “2. Ako Vrhovni sud Kosova oceni da je zahtev za zaštitu zakonitosti koji ide na štetu okrivljenog osnovan, sud potvrđuje samo povredu zakona, bez uticaja po pravosnažnu odluku, osim ako je pravosnažna odluka očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški.“ došlo do povrede načela “*Ne Bis In Idem*“ koje je utvrđeno članom 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] Ustava u vezi sa članom 4 (2) (Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari) Protokola br. 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

102. Da bi došao do ovog odgovora sud mora sprovesti test za treću komponentu odnosno odgovoriti dali formulacijom , *“osim ako je pravosnažna odluka očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški.”* dolazi do
- i. otvaranja novih postupaka;
 - ii. ako je tako, da li je prvi sklop postupaka okončan pravosnažnom odlukom; i
 - iii. da li je primenljiv izuzetak iz drugog stava.
103. Primećujem da što se tiče prvog potpitanja i.) dali će doći do otvaranja novih postupaka odnosno dali je moguće otvaranje novih postupaka na osnovu formulacije *“osim ako je pravosnažna odluka očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški.”* a na osnovu stava 2 člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti).
104. Odgovor na ovo pitanje testa je DA jer se predviđa mogućnost izmene pravosnažne odluke čak i na štetu okrivljenog ukoliko je pravosnažna odluka *“očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški.”*
105. Sledeće pitanje koje se postavlja pred sud je ii.) da li je prvi sklop postupaka okončan pravosnažnom odlukom, odnosno dali je pre primene zahteva za zaštitu zakonitosti kao vandrednog pravnog leka odluka nižestepnih sudova postala pravosnažna.
106. Što se tiče odbacivanja optužnice sud podseća na opšta načela uspostavljena u predmetu *Mihalache* (§§ 99-101), Sud se pozvao na činjenicu da je prema domaćem pravu javno tužilaštvo pozvano da učestvuje u sprovođenju krivičnog pravosuđa. Tužilac je bio nadležan za istragu navodnih radnji podnosioca zahteva, ispitivanje svedoka i osumnjičenog u tu svrhu. Nakon toga, primenio je relevantna materijalna pravila utvrđena domaćim pravom; morao je da proceni da li su ispunjeni uslovi za karakterizaciju navodnih dela podnosioca predstavljanja kao krivičnog dela. Na osnovu izvedenih dokaza, tužilac je izvršio sopstvenu procenu svih okolnosti predmeta, koje se odnose i na podnosioca zahteva pojedinačno i na konkretno činjenično stanje. Nakon sprovedene te procene, opet u skladu sa ovlašćenjima koja su mu poverena domaćim pravom, tužilac je odlučio da obustavi krivično gonjenje, uz izricanje kazne podnosiocu zahteva koja je imala kaznenu i odvratajuću svrhu. Izrečena kazna postala je izvršna istekom roka za žalbu podnosioca zahteva prema domaćem pravu. U ovim okolnostima, Sud je utvrdio da je, bez obzira na bilo kakvo sudsko učešće, odluka tužioca predstavljala „osuđujuću presudu“ u smislu člana 2. Protokola br. 7.
107. Što se tiče preinačenja pravosnažne odluke kojom se okončava krivični postupak podsećam na opšta načela da je cilj člana 4 Protokola br. 7 je zabrana ponavljanja krivičnih postupaka (ne bis in idem princip) koji su zaključeni „pravosnažnom“ odlukom. Prema Eksplanatornom izveštaju uz Protokol br. 7, koji se i sam poziva na Evropsku konvenciju o međunarodnoj valjanosti krivičnih presuda, odluka je konačna ako je, prema tradicionalnom izrazu, stekla snagu res judicata. To je slučaj kada je neopoziva, odnosno kada nisu dostupni dalji obični pravni lekovi ili kada su strane iscrpile takve pravne lekove ili dozvolile da rok istekne bez njihovog korišćenja (Sergej Zolotuhin protiv Rusije [VV], 2009, § 107). Odluke protiv kojih postoji redovna žalba isključene su iz obima garancije sadržane u članu 4. Protokola br. 7 sve dok rok za podnošenje takve žalbe nije istekao (§ 108). S druge strane, vanredni pravni lekovi kao što je zahtev za ponovno pokretanje postupka ili zahtev za produženje roka koji je istekao ne uzimaju se u obzir za potrebe utvrđivanja da li je u postupku postignut konačan zaključak. Iako ovi pravni lekovi predstavljaju nastavak prvog skupa postupaka, „konačna“ priroda odluke ne zavisi od njihove upotrebe (§ 108).
108. Odgovor na i na ovo pitanje testa je DA jer se predviđa mogućnost izmene pravosnažne odluke čak i na štetu okrivljenog ukoliko je pravosnažna odluka *“očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški.”*

109. Na kraju mora se odgovoriti i na treće potpitanje treće ključne komponente a to je iii.) dali je primenjiv izuzetak iz stava 2 člana 4 protokola 7 koji glasi “2 Odredbe prethodnog stava ne sprečavaju ponovno otvaranje postupka u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države, ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na njegov ishod.”
110. Da bi došao do ovog odgovora Sud je morao sagledati Zakonik br.08/L-032 o krivičnom postupku Republike Kosovo u celini.
111. Najpre primećujem da u skladu sa Zakonik br.08/L-032 o krivičnom postupku Republike Kosovo postoje dva vandredna pravna leka kako je to predviđenom članom 419 Zakona.

Član 419. Vanredni pravni lekovi

“1. Krivični postupak koji je završen pravosnažnim rešenjem ili pravosnažnom presudom može se ponoviti na zahtev ovlašćenih lica samo u slučajevima i pod uslovima propisanim ovim zakonikom. Zahtev za ponavljanje krivičnog postupka podnosi se Osnovnom sudu koji je doneo odluku.

2. Stranka može zatražiti vanredno ublažavanje kazne u svako doba tokom izdržavanja kazne. Stranka podnosi zahtev Osnovnom sudu koji je doneo presudu u prvom stepenu, koji prosleđuje sve spise predmeta Vrhovnom sudu.

3. Stranka može podneti zahtev za zaštitu zakonitosti u roku od tri (3) meseca od dana prijema pravosnažne presude ili pravosnažnog rešenja protiv kojeg se traži zaštita zakonitosti. Stranka podnosi zahtev Osnovnom sudu koji je doneo odluku u prvom stepenu, koji prosleđuje sve spise predmeta Vrhovnom sudu.

4. Čl. 375, 376, 377, 378. i 379. ovog zakonika primenjuju se na sve zahteve iz ovog člana”.

112. Dalje primećujem da se na osnovu člana 422 je moguće “Ponavljanje krivičnog postupka obustavljenog pravosnažnim rešenjem”, dok je na osnovu člana 423 moguće “Ponavljanje krivičnog postupka završenog pravosnažnom presudom,” koji glase

Član 422. Ponavljanje krivičnog postupka obustavljenog pravosnažnim rešenjem

“1. Pravosnažno obustavljen krivični postupak pre početka glavnog pretresa može se ponoviti ako se državni tužilac povuče iz optužnice i utvrdi da je povlačenje nastalo usled krivičnog dela državnog tužioca. Prilikom dokazivanja krivičnog dela primenjuju se odredbe člana 423. stav 3. ovog zakonika.

2. Ako se optužnica odbaci u nedostatku dovoljnih dokaza koji potkrepljuju osnovanu sumnju da je okrivljeni izvršio krivično delo opisano u optužnici i ako se otkriju i pribave nove činjenice i dokazi, može se podići nova optužnica ako Razmatrajuće veće odluči da novi dokazi i činjenice to opravdavaju”.

Član 423. Ponavljanje krivičnog postupka završenog pravosnažnom presudom

“1. Krivični postupak koji je završen pravosnažnom presudom može se ponoviti samo:

1.1. ako se dokaže da je presuda zasnovana na lažnoj ispravi ili lažnom iskazu svedoka, veštaka ili tumača;

1.2. ako se dokaže da je do presude došlo usled krivičnog dela sudije ili lice koje je preduzelo istražne radnje;

1.3. ako se iznesu nove činjenice ili se podnesu novi dokazi koji sami za sebe ili u vezi sa ranijim dokazima mogu opravdati nevinost osuđenog ili do osude po blažoj krivičnoj odredbi;

1.4. ako je lice za isto delo više šuta suđen ili ako je više lica osuđeno za isto delo koje je moglo učiniti samo jedno lice ili neka od njih;

1.5. ako se u slučaju osude za produženo krivično delo ili za drugo krivično delo koje po zakonu obuhvata više istovrsnih ili više raznovrsnih radnji iznesu nove činjenice ili podnesu novi dokazi koji ukazuju da nije učinio radnju koja je obuhvaćena krivičnim delom za koje je osuđen, a postojanje ovih činjenica bi bitno uticalo na odmeravanje kazne.

2. Krivični postupak završen pravosnažnom presudom može se ponoviti samo u korist okrivljenog, osim ako se utvrdi da su okolnosti iz stava 1. podstavovi 1.1. i 1.2. ovog člana, posledica krivičnog dela koje učinio okrivljeni ili lice koje postupa u njegovo ime protiv svedoka, veštaka, tumača, državnog tužioca ili sudije ili njihovih srodnika, pri čemu se krivični postupak završen pravosnažnom presudom može obnoviti protiv okrivljenog. Ponavljanje krivičnog postupka na štetu okrivljenog dozvoljeno je samo u roku od pet (5) godina od dana objave pravosnažne presude.

3. U slučajevima iz stava 1. podstavovi 1.1 i 1.2. ili stava 2. ovog člana, pravosnažnom presudom mora se utvrditi da li su ta lica proglašena krivim za dotična krivična dela. Ako se postupak protiv ovih lica ne može sprovesti zbog njihove smrti ili postoje okolnosti koje isključuju krivično gonjenje, činjenice iz stava 1. podstavovi 1.1. i 1.2. ili stava 2. ovog člana mogu se dokazati i drugim dokazima”.

113. Potom primećujem da Zakon reguliše članom 424 “Lica ovlašćena za podnošenje zahteva za ponavljanje krivičnog postupka”, dalje je članom 425 regulisan “Sadržaj zahteva za ponavljanje krivičnog postupka i sud koji o njemu odlučuje”, dok je članom 426 regulisan “Osnov i postupak za odbacivanje zahteva za ponavljanje krivičnog postupka,” dalje članom 427 “Odluke veća o zahtevu za ponavljanje” i na kraju članom 428 “Pravila za novi postupak ponavljanja”

Član 424.

Lica ovlašćena za podnošenje zahteva za ponavljanje krivičnog postupka

“1. Ponavljanje krivičnog postupka mogu zatražiti stranke i branilac. Posle smrti osuđenog, ponavljanje može zatražiti državni tužilac, bračni drug, vanbračni drug, srodnik po krvi u prvoj liniji, usvojitelj, usvojenik, brat, sestra ili hranitelj osuđenog.

2. Ponavljanje krivičnog postupka može se zatražiti i nakon što osuđeni izdrži kaznu, bez obzira na zastarelost, amnestiju ili pomilovanje.

3. Ako sud nadležan za odlučivanje o ponavljanju krivičnog postupka sazna da postoje osnovi za ponavljanje krivičnog postupka, isti obaveštava osuđenog ili lice ovlašćeno za podnošenje zahteva”.

Član 425.
Sadržaj zahteva za ponavljanje krivičnog postupka i sud koji o njemu odlučuje

“1. O zahtevu za ponavljanje krivičnog postupka odlučuje Razmatrajuće veće Osnovnog suda koje je sudilo u ranijem postupku.

2. U zahtevu se mora navesti pravni osnov po kome se zahteva ponavljanje, kao i dokazi koji potkrepljuju činjenice na kojima se zasniva zahtev. Ako zahtev ne sadrži ove podatke, sud poziva podnosioca zahteva da dopuni zahtev u određenom roku.

3. Prilikom odlučivanja o zahtevu za ponavljanje, u veću ne prisustvuje sudija koji je učestvovao u donošenju presude u ranijem postupku”.

Član 426.
Osnov i postupak za odbacivanje zahteva za ponavljanje krivičnog postupka

“1. Sud rešenjem odbacuje zahtev ako na osnovu istog i spisa ranijeg postupka utvrdi:

1.1. da je zahtev podnelo neovlašćeno lice;

1.2. da nema zakonskih osnova za ponavljanje postupka;

1.3. da su činjenice i dokazi na kojima se zahtev zasniva već bili izneseni u ranijem zahtevu za ponavljanje postupka koji je pravosnažno odbijen;

1.4. da činjenice i dokazi ne pružaju osnov da se na osnovu njih dozvoli ponavljanje; ili

1.5. da podnosilac zahteva za ponavljanje postupka nije postupio u skladu sa članom 425. stav 2. ovog zakonika.

2. Ako sud ne odbaci zahtev, primerak zahteva dostavlja se državnom tužiocu ili drugoj stranci koja ima pravo da u roku od osam (8) dana odgovori na zahtev. Kada sud dobije odgovor na zahtev ili kada protekne rok za podnošenje odgovora, predsednik Razmatrajućeg veća nalaže pretragu i razmatranje činjenica i dokaza iznetih u zahtevu i odgovoru”.

Član 427.
Odluke veća o zahtevu za ponavljanje

“1. Na osnovu rezultata pretrage i razmatranja činjenica i dokaza iznetih u zahtevu i odgovoru, sud usvaja zahtev i dozvoljava ponavljanje krivičnog postupka ili odbija zahtev.

2. Ako sud oceni da razlozi zbog kojih je dozvolio ponavljanje postupka postoje i za nekog od saoptuženog koji nije podneo zahtev za ponavljanje postupka, postupiće po službenoj dužnosti kao da je takav zahtev podnet.

3. U rešenju kojim se dozvoljava ponavljanje krivičnog postupka, sud odmah nalaže održavanje novog glavnog pretresa ili vraćanje predmeta u fazu istrage ili na početak istrage ako istraga ranije nije sprovedena.

4. Sud nalaže odlaganje ili prekid izvršenja presude ako, po osnovu izvedenih dokaza, smatra da:

4.1. osuđeni u ponovljenom postupku može biti osuđen na kaznu koja nakon uračunavanja već izdržane kazne mora osloboditi;

4.2. osuđeni se može osloboditi optužbe; ili

4.3. optužba podignuta protiv njega može se odbiti.

5. Po pravosnažnosti rešenja kojim se dozvoljava ponavljanje krivičnog postupka obustavlja se izvršenje kazne. Međutim, ako postoje uslovi iz člana 184. stav 1. ovog zakonika, sud određuje pritvor”.

Član 428.

Pravila za novi postupak ponavljanja

“1. Za novi postupak koji se sprovodi po osnovu rešenja kojim je dozvoljeno ponavljanje krivičnog postupka, važe iste odredbe kao u prethodnom postupku. U novom postupku, sud se ne vezuje za rešenja doneta u prethodnom postupku.

2. Ako se novi postupak obustavi pre početka glavnog pretresa, ranija presuda se ukida rešenjem o obustavi postupka.

3. Prilikom donošenja nove presude, sud ukida raniju presudu ili samo neki njen deo, ili stavlja na snagu raniju presudu. U kaznu izrečenu novom presudom, sud uračunava optuženom izdržanu kaznu, a ako je dozvoljeno ponavljanje samo za neko krivično delo za koje je optuženi bio osuđen ili oslobođen, sud izriče novu jedinstvenu kaznu prema odredbama Krivičnog zakona.

4. Sud u novom postupku je vezana zabranom iz člana 395. ovog zakonika”.

114. Na osnovu gore navedenih normi zaključuje da ova zakonska rešenja u potpunosti pokrivaju izuzetake koji su navedeni u opštim načelima i daju tačnu i preciznu mogućnost da se u skladu sa stavom 2 člana 4 protokola 7 EKLJP omogući kao izuzetak ponovno otvaranje već okončanih krivičnih postupaka.

115. Stoga ja zaključujem da su gore navedeni članovi koji se tiču vanrednog pravnog leka zahteva za ponavljanje krivičnog postupka su u skladu sa izuzetcima koje predviđa stav 2 člana 4 protokola 7 EKLJP i odgovor na ovo na treće potpitanje treće ključne komponente DA, što se tiče ovog vanrednog pravnog leka.

116. Dalje primećujem da je Zakonik br.08/L-032 o krivičnom postupku Republike Kosovo dao mogućnost još jednog vanrednog pravnog leka odnosno zahteva za zaštitu zakonitosti kojim je takođe moguće preinačiti vandrednim pravnim lekom “konačnu odluku” nižestepenih sudova.

117. Zakon ovakvu mogućnost predviđa u članu 432 koji predviđa “Razlozi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti” dok u osporenom članu 438 predviđa kakva može biti Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti, koji glase;

Član 432.

Razlozi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti

“1. Protiv pravosnažne sudske odluke ili protiv sudskog postupka koji je prethodio donošenju te odluke, po završetku krivičnog postupka pravosnažnom odlukom može se podneti zahtev za zaštitu zakonitosti u sledećim slučajevima:

1.1. u slučaju povrede krivičnog zakona;

1.2. u slučaju bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 384. stav 1. ovog zakonika; ili

1.3. u slučaju drugih povreda odredaba krivičnog postupka ako su takva povrede uticale na zakonitost sudske odluke.

2. Zahtev za zaštitu zakonitosti ne može se podneti zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, niti protiv odluke Vrhovnog suda Kosova kojom je odlučeno o zahtevu za zaštitu zakonitosti.

3. Izuzetno od odredaba stava 1. ovog člana, glavni državni tužilac može podneti zahtev za zaštitu zakonitosti za svaku povredu zakona.

4. Izuzetno od odredaba stava 1. ovog člana, zahtev za zaštitu zakonitosti može se podneti tokom postupka koji nije pravosnažno završen, osim protiv pravosnažnih odluka o određivanju, produženju ili ukidanju pritvora”.

Član 438.

Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti

“1. Ako Vrhovni sud Kosova utvrdi da je zahtev za zaštitu zakonitosti osnovan, donosi presudu kojom, shodno vrsti povrede:

1.1. preinačuje pravosnažnu odluku;

1.2. u celini ili delimično ukida odluku Osnovnog suda i višeg suda ili samo odluku višeg suda i predmet vraća na ponovno merodavno odlučivanje ili suđenje Osnovnom sudu ili višem sudu; ili

1.3. se ograničava samo na utvrđivanju povrede zakona.

2. Ako Vrhovni sud Kosova oceni da je zahtev za zaštitu zakonitosti koji ide na štetu okrivljenog osnovan, sud potvrđuje samo povredu zakona, bez uticaja po pravosnažnu odluku, osim ako je pravosnažna odluka očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški.

3. Ako Apelacioni sud prema ovom zakoniku nije imao pravo da otkloni povredu zakona do koje je došlo prvostepenom odlukom ili u sudskom postupku koji je prethodio toj odluci i Vrhovni sud Kosova utvrdi da je zahtev podnet u korist optuženog osnovan i da za otklanjanje ove povrede treba ukinuti ili preinačiti odluku prvostepenog suda, Vrhovni sud Kosova ukida ili preinačuje odluku Apelacionog suda, iako njome nije povređen zakon”.

118. Najpre primećujem da se u skladu sa stavom 2 člana 432 “Zahtev za zaštitu zakonitosti ne može se podneti zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, niti protiv odluke Vrhovnog suda Kosova kojom je odlučeno o zahtevu za zaštitu zakonitosti.”

119. Na osnovu ovoga ja zaključujem da ovakav pravni lek ne podpada pod izuzetak koji zahteva stav 2 člana 4 protokola 7 EKLJP jer isti zahteva utvrđivanje novih dokaza odnosno novih činjenica.

120. Podseća da stav 2 člana 4 protokola 7 glkasi “2 *Odredbe prethodnog stava ne sprečavaju ponovno otvaranje postupka u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države, ako postoje dokazi o novim ili novoootkrivenim činjenicama, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na njegov ishod.*”
121. Stoga Ja zaključujem da su gore navedeni članovi koji se tiču vanrednog pravnog leka zahteva za zaštitu zakonitosti nisu u skladu sa izuzetcima koje predviđa stav 2 člana 4 protokola 7 EKLJP i odgovor na ovo na treće potpitanje treće ključne komponente NE, što se tiče ovog vanrednog pravnog leka.
122. Ocenjujem da u okolnostima konkretnog slučaja predmet ustavne ocene predstavlja pitanje da li relevantni sud može doneti odluku koja utiče na osnovna prava i slobode okrivljenog povodom zahteva za zaštitu zakonitosti. Sud ocenjuje da iz same prirode zahteva za zaštitu zakonitosti proizilazi da je isti nastavak-iako se radi o vanrednom pravnom sredstvu-istog krivičnog postupka okončanog pravosnažnom odlukom. Zahtev za zaštitu zakonitosti ograničen je samo na razloge procesne povrede zakona, a ne odnosi se na otkrivanje novih činjenica koje su ranije bile nepoznate ili na bilo koje bitne povrede ranijeg krivičnog postupka, i kao takav ne spada u izuzetke koje predviđa stav 2 člana 4 protokola 7 EKLJP..
123. Podsećam da koncept “bitnih povreda” u smislu člana 4 (2) Protokola br. 7 sugeriše da samo ozbiljne povrede procesnih prava koja teško narušavaju integritet ranijeg postupka mogu poslužiti kao osnova za ponovno otvaranje postupka na štetu optuženog, kada je on oslobođen ili kažnjen za krivično delo koje je blaže od onoga za koje je trebao da bude osuđen na osnovu merodavnog prava. S tim u vezi, u takvim slučajevima, ponovna ocena dokaza u spisu od strane javnog tužioca ili višeg suda neće sama po sebi ispuniti taj uslov.
124. Dalje, primećujem da član 4. Protokola br. 7 ne sprečava ponovno otvaranje postupka u korist osuđenog lica, niti druge izmene presude u korist osuđenog lica. U takvim situacijama, dakle, priroda bitne povrede postupka mora prvenstveno uključivati ocenu da li su povređena prava odbrane, jer je to smetnja za pravilno delovanje pravosudnog sistema. Takođe, u svim slučajevima, razlozi koji opravdavaju ponovno otvaranje postupka moraju, prema članu 4 (2) Protokola br. 7, biti takvi da “utiču na ishod predmeta” (*affect the outcome of the case*) bilo u korist ili na štetu okrivljenog (vidi predmet ESLJP-a [Mihalache protiv Rumunije](#), citiran iznad, stav 129).
125. U ovom kontekstu, Ja ocenjujem da redovni sudovi mogu ponoviti krivični postupak na osnovu stava 2. člana 4. Protokola br. 7 i sudske prakse ESLJP-a. Pored toga, redovni sudovi mogu ponoviti krivični postupak na osnovu uslova koji su taksativno navedeni u članu 423. (Ponavljanje krivičnog postupka završenog pravosnažnom presudom) osporenog zakona, a koji, između ostalog, utvrđuje da se krivični postupak može ponoviti zbog falsifikovanja presude, lažnih iskaza, ako je do presude došlo usled krivičnog dela sudije ili lica koje je preduzelo istražne radnje, ako se iznesu nove činjenice ili podnesu novi dokazi koji se odnose na nevinost osuđenog lica i slučajevi u kojima je licu suđeno više puta za isto krivično delo.
126. Sagledavajući odlike vanrednih pravnih lekova, zahteva za zaštitu zakonitosti i preispitivanje krivičnog postupka pravosnažnom presudom, Sud ocenjuje: (i) vanredni pravni lek - zahtev za zaštitu zakonitosti podnosi se samo u slučajevima kada se tvrdi da krivični postupak karakterišu proceduralne povrede; (ii) vanredni pravni lek – preispitivanje krivičnog postupka koji je završen pravosnažnom presudom u slučajevima u kojima se tvrdi da krivični proces karakterišu „osnovni nedostaci“. Shodno tome, smatram da se zahtev za zaštitu zakonitosti ne može iskoristiti za ponovno otvaranje

zatvorenog krivičnog predmeta. Pravosnažnom odlukom zaključen krivični postupak može se ponovo pokrenuti samo u slučajevima kada postoje „temeljne greške“ koje su predviđene vanrednim pravnim lekom – ponovnim razmatranjem krivičnog postupka završenog pravosnažnom presudom.

127. Dalje Ja podsećam i na obaveze iz člana 440 Zaštita prava prema Ustavu Republike Kosovo, Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i Evropskom sudu za ljudska prava koji obavezuju Republiku Kosovo da; *“Vanredni pravni lekovi iz ovog Poglavlja mogu se podneti na osnovu predviđenih ovim zakonikom i zaštićenih Ustavom Republike Kosova ili Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i njenim protokolima, kao i odlukama Evropskog suda za ljudska prava”*.
128. Imajući sve ovo u vidu i mogućnost direktne primene stava 2 člana 4 protokola 7 Evropske konvencije o Ljudskim Pravima ,ja ponovo ukazuje na sadržinu stava 2. člana 4. (Ne Bis In Idem) osporenog zakona, kojim je utvrđeno: “2. Osim ako ovim zakonikom nije drugačije određeno, pravosnažna sudska odluka može se preinačiti vanrednim pravnim lekovima”. Stoga , pošto postoji mogućnost direktne primene stava 2 člana 4 protokola 7 Evropske konvencije o Ljudskim Pravima ne vidim razlog postojanja formulacije *“osim ako je pravosnažna odluka očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški”* iz stava 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti) Zakonika br. 08/L-032 o krivičnom postupku, jer redovni sudovi mogu direktno primeniti izuzetke predviđene u stavu 2 člana 4 protokola 7 Evropske konvencije o Ljudskim Pravima.
129. Ja sa dodatnim naglaskom ocenjuje da se stav 2. člana 4. (Ne Bis In Idem) osporenog zakona ne može koristiti u kontekstu stava 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti), odnosno ne može se koristiti u kontekstu vanrednog pravnog leka- zahteva za zaštitu zakonitosti, već samo u kontekstu vanrednog pravnog leka - preispitivanje krivičnog postupka pravosnažnom presudom. Smatram da u cilju pravne sigurosti Kosovo nesme biti jedina zemlja u Evropi koja ima dva vandredna pravna leka kojima se može otvoriti pravosnažna presuda na štetu okrivljenog.
130. Sa svega napred navedenog, ja smatam da formulacija *“osim ako je pravosnažna odluka očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški”* iz stava 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti) Zakonika br. 08/L-032 o krivičnom postupku, nije u saglasnosti sa članom 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] Ustava u vezi sa članom 4 (2) (Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari) Protokola br. 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima;
131. Dalje ja se neću upuštati u ocenu ustavnosti dali a formulacija *“osim ako je pravosnažna odluka očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški”* iz stava 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti) Zakonika br. 08/L-032 o krivičnom postupku, je u saglasnosti sa članom 29. [Pravo na slobodu i sigurnost] Ustava u vezi sa članom 5. (Pravo na slobodu i bezbednost) Evropske konvencije o ljudskim pravima., sobzirom da sam već obrazložio da ista nije u saglasnosti sa članom 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] Ustava u vezi sa članom 4 (2) (Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari) Protokola br. 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima.


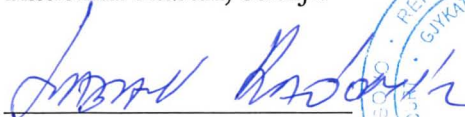
H) Zaključak u vezi sa navodnim povredama Ustava

132. Na osnovu gore navedenog, i uzimajući u obzir razmatranja tvrdnji podnosioca u njegovom zahtevu:

- I. **SLAŽEM SE** da Sud **PROGLASI**, zahtev prihvatljivim;
- II. **SLAŽEM SE** da Sud **UTVRDI**, da formulacija “*ili ukidanju*” stava 4. člana 432. (Razlozi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti) Zakonika br. 08/L-032 o krivičnom postupku, nije u suprotnosti sa tačkom 2. stava 1. člana 29. [Pravo na slobodu i sigurnost] Ustava u vezi sa članom 5. (Pravo na slobodu i bezbednost) Evropske konvencije o ljudskim pravima;
- III. **SLAŽEM SE** da Sud **UTVRDI**, da stav 2. člana 4. (Ne Bis In Idem) Zakonika br. 08/L-032 o krivičnom postupku nije u suprotnosti sa članom 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] Ustava u vezi sa stavom 2. člana 4. (Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari) Protokola br. 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima;
- IV. **SMATRAM DA** je Sud trebao da **DA UTVRDI** da formulacija “*osim ako je pravosnažna odluka očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški*” iz stava 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti) Zakonika br. 08/L-032 o krivičnom postupku, nije u saglasnosti sa članom 34. [Pravo lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo] Ustava u vezi sa članom 4 (2) (Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari) Protokola br. 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima;
- V. **SMATRAM DA** da je Sud trebao **DA UTVRDI** da se, u skladu sa stavom 3. člana 116. [Pravni efekat odluka] Ustava, stavom 5. člana 20. (Odluke) Zakona i stavom 4. pravila 60. (Izvršenje odluka) Poslovnika, formulacija “*osim ako je pravosnažna odluka očigledno neprikladna ili zasnovana na ozbiljnoj greški*” iz stava 2. člana 438. (Presuda o zahtevu za zaštitu zakonitosti) Zakonika o krivičnom postupku br. 08/L-032, stavlja van snage danom objavljivanja presude u službenom glasniku Kosova

Podudarno i Suprotno mišljenje podneo sudija;

Radomir Laban, sudija



Dana 20 juna 2024 godine u Prištini.